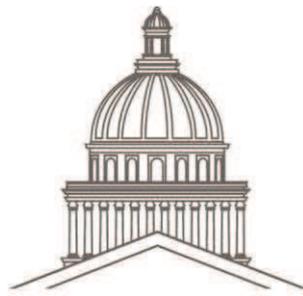


Université Paris II- Panthéon-Assas

École doctorale de droit privé

Essai sur la limitation de la responsabilité de l'associé

Thèse de doctorat en droit privé



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Pierre Heuzé

Sous la direction de Michel Grimaldi

Membres du jury :

Maxime Julienne

François-Xavier Lucas

Caroline Coupet

Charles Gijssbers

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Principales abréviations

AMF	Autorité des marchés financiers
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>Bull. Joly</i>	Bulletin Joly sociétés
<i>Bull. Joly bourse</i>	Bulletin Joly bourse
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile (de la Cour de cassation)
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Com.	Chambre commerciale (de la Cour de cassation)
Comp.	Comparer
Concl.	Conclusions
<i>Contra</i>	En sens contraire
Crim.	Chambre criminelle (de la Cour de cassation)
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D. aff.</i>	Dalloz affaires
<i>DH</i>	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
Dir.	Direction
<i>DP</i>	Recueil période et critique mensuel Dalloz
<i>Dr. et patrimoine</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. sociétés</i>	Droit des sociétés
Ed.	Édition
Egal.	Également
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
<i>Gaz. Palais</i>	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<i>In</i>	Dans
<i>Infra</i>	Ci-dessous
<i>JO</i>	Journal officiel
<i>JCP éd. E</i>	Juris-classeur périodique (semaine juridique), édition entreprise
<i>JCP éd. G</i>	Juris-classeur périodique (semaine juridique), édition générale
<i>JCP éd. N</i>	Juris-classeur périodique (semaine juridique), édition notariale

<i>Jur.</i>	Jurisprudence
<i>L.</i>	Loi
<i>Lamy dr. aff.</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>Lamy dr. civ.</i>	Revue Lamy droit civil
<i>Les petites aff.</i>	Les petites affiches
<i>Obs.</i>	Observations
<i>Ord.</i>	Ordonnance
<i>Ouvr. préc.</i>	Ouvrage précité
<i>P.</i>	Page
<i>Préc.</i>	Précité
<i>Préf.</i>	Préface
<i>Rappr.</i>	Rapprocher
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>Rép. civ. Dalloz</i>	Encyclopédie juridique Dalloz, répertoire de droit civil
<i>Rép. soc. Dalloz</i>	Encyclopédie juridique Dalloz, répertoire des sociétés
<i>Rev. jur. com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>Req.</i>	Chambre des requêtes (de la Cour de cassation)
<i>Rev. dr. banc. fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTDF</i>	Revue trimestrielle de droit financier
<i>S.</i>	Recueil Sirey
<i>S.</i>	Suivant
<i>Soc.</i>	Chambre sociale (de la Cour de cassation)
<i>Somm.</i>	Sommaire
<i>Spéc.</i>	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
<i>T.</i>	Tome
<i>TC</i>	Tribunal de commerce
<i>TGI</i>	Tribunal de grande instance
<i>V.</i>	Voir
<i>V°</i>	Verbo
<i>Vol.</i>	Volume

Sommaire

Introduction	1
PARTIE 1 - UNE MESURE DE POLITIQUE ÉCONOMIQUE EN FRANCHE RUPTURE AVEC LA LOGIQUE JURIDIQUE	20
TITRE 1 - UNE MESURE INCONCILIABLE AVEC LES PRINCIPES CARDINAUX DU SYSTEME JURIDIQUE	21
Chapitre 1 - La personnalité morale des sociétés personnifiées : outil conceptuel porteur de données normatives destinées aux individus	22
Chapitre 2 - La responsabilité de l'associé pour les dettes sociales, fondements et justifications	71
TITRE 2 - GENÈSE ET IDENTIFICATION DES JUSTIFICATIONS ÉCONOMIQUES MODERNES DE LA MESURE	140
Chapitre 1 - Genèse du mécanisme de limitation de la responsabilité de l'associé et de ses justifications	145
Chapitre 2 - Les justifications modernes du mécanisme de limitation de responsabilité des associés	192
PARTIE 2 - UN MÉCANISME À LA DÉRIVE	209
TITRE 1 - L'ERRANCE DU CHAMP D'APPLICATION	211
Chapitre 1 - Le concept de société, outil de bornage illusoire du champ d'application des structures à risque limité	215
Chapitre 2 - Le concept d'entreprise, outil de bornage alternatif possible du champ d'application des structures à risque limité	351
TITRE 2 – LES ERREMENTS DU RÉGIME	448
Chapitre 1 - Les déséquilibres du régime, facteurs d'irresponsabilité	449
Chapitre 2 - La nécessité d'une réforme	556
<i>Conclusion</i>	657
<i>Bibliographie</i>	665
<i>Index</i>	720

Introduction

« Puisse toute chose dite habituelle vous inquiéter »

B. BRECHT, *L'exception et la règle*¹

§1. Le bénéfice de la torpeur

1. Assurément, « l'emploi du langage est un acte qui ne laisse pas le monde inchangé »² : selon que l'on se représentera un même objet comme un ourson à la guimauve ou comme un agglomérat d'os de porc bouillis à l'arôme artificiel de cacao, il est assez probable que la réaction suscitée ne sera pas identique ; que la sensation déclenchée sera soit de la gourmandise soit du dégoût, deux sentiments aux antipodes. Le sentiment de justice n'échappe pas à ces tours de l'esprit, ce que deux facteurs aisément identifiables peuvent expliquer.

2. Tout d'abord, la perception d'une chose varie en fonction du biais de sa présentation et de sa représentation par le sujet. Descartes et une longue tradition philosophique à sa suite³ nous ont mis en garde contre l'accès éminemment subjectif que nous avons aux choses : celles-ci ne se donnent à l'esprit que par le truchement d'un biais de représentation, lequel ne saurait être sans influence sur la connaissance que nous avons de l'objet⁴.

¹ *Théâtre complet*, vol.3, L'Arche, 1998, I, p. 205.

² Nous empruntons à M. Benisty une formule à laquelle il attache un sens différent (v. S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, préf. T. CLAY, Institut Universitaire de Varenne, 2014, p. 52).

³ V. E. HUSSERL, *Méditations cartésiennes, Introduction à la phénoménologie*, trad.. G. PEIFFER, E. LEVINAS, Vrin, 1947.

⁴ Au point qu'il est parfois soutenu l'impossibilité d'accès à la connaissance des « choses en soi », si tant est que ce dernier concept ait une pertinence. V. E. KANT, *Œuvres philosophiques*, Tome II, *Des Prolégomènes aux écrits de 1791*, Bibliothèque de la Pléiade, n° 317, 1985, IV, 289, « il nous est donné des choses, en tant qu'objets de nos sens, situés hors de nous, mais de ce qu'elles peuvent bien être en soi, nous ne savons rien, nous ne connaissons que leurs phénomènes, c'est-à-dire les représentations qu'elles produisent en nous en affectant nos sens » ; M. MERLEAU-PONTY,

3. Il est assez vraisemblable ensuite que, au delà de la question de sa perception, le jugement que l'on porte sur un phénomène quelconque puisse être affecté d'un biais qui procède de l'accoutumance. L'accoutumance en effet entraîne l'acceptation : P. Amselek pointait ainsi chez l'homme « cette fonction psychique caractéristique, qui joue un rôle sans doute fondamental dans son équilibre vital (...) : cette fonction consiste pour l'homme à se faire machinalement une raison de tout ce qui se déroule autour de lui, à s'y résigner, à trouver que ces événements n'ont rien que de très normal, de très naturel »⁵.

L'auteur suggérait alors, dans le sillage des phénoménologues dont il s'évertuait à appliquer au droit les méthodes, et plus particulièrement en référence à Ludwig Wittgenstein, « d'élever l'étonnement au niveau d'une philosophie, c'est-à-dire d'une attitude systématique »⁶. Il prétendait ainsi s'« insurger contre l'état de torpeur, de somnolence ou de somnambulisme dans lequel baigne d'une manière générale, notre existence quotidienne »⁷, espérant par là déclencher « un mouvement de curiosité intellectuelle et de recherche scientifique. L'étonnement ici n'est qu'un point de départ : ce qui est visé, en définitive, c'est un certain état de prédisposition à la connaissance. Ce qu'on appelle étonnement n'est rien d'autre, au fond, que ce catalyseur de l'activité scientifique que l'on nomme plus couramment "esprit critique" »⁸.

Car l'attitude d'étonnement vient sortir l'homme de sa torpeur, et le conduit à reconsidérer et à soumettre à son jugement les choses dont il s'était accommodé. Et pour s'astreindre à reconsidérer avec étonnement les choses dont l'esprit s'est accoutumé, quelle méthode plus efficace que de s'employer à se les représenter sous un angle neuf, en se débarrassant des biais de représentations usuels⁹ ? D'une certaine

Phénoménologie de la perception, 1945 : « Il ne faut donc pas se demander si nous percevons vraiment un monde, il faut dire au contraire: le monde est cela que nous percevons ».

⁵ « L'étonnement devant le droit », *Archives de philosophie du droit*, tome 13, 1968, pp. 163-183, p. 172.

⁶ P. AMSELEK, « L'étonnement devant le droit », *art. cit.*, p. 166.

⁷ *Idem.*

⁸ P. AMSELEK, « L'étonnement devant le droit », *art. cit.*, p. 164.

⁹ Rappr. P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, Paris, 1964, p. 21 : « Il est inutile de souligner combien une telle entreprise [« revivre la conceptualisation des choses »] apparaît féconde, et même indispensable, alors que la façon, pour ainsi dire, automatique d'utiliser constamment notre appareil conceptuel tend à nous éloigner de la réalité concrète que cet appareil conceptuel désigne et à faire fonctionner celui-ci de manière souvent défectueuse (...) l'habitude de nous servir de façon mécanique de nos formes conceptuelles finissant par émousser en nous tout

manière, c'est d'ailleurs cette expérience que Jean Paul Sartre fait subir jusqu'à l'écœurement à son personnage Antoine Roquentin dans son célèbre roman *La Nausée* où « rien n'a changé et pourtant tout existe d'une autre façon »¹⁰.

4. Le phénomène de la limitation de la responsabilité de l'associé nous paraît fournir un terrain privilégié à l'application de l'attitude prônée par P. Amselek et les phénoménologues dont il s'inspire.

À cette mesure de limitation de responsabilité, connue de longue date de l'ensemble des systèmes juridiques qui nous sont familiers, nous sommes désormais accoutumés. Entendons par là que, habitués à elle, nous nous y sommes résignés, nous l'avons acceptée, et les questions relatives à son bien-fondé, à son opportunité sont, par voie de conséquence, classées comme résolues, postulées tranchées et ne sont pour cela plus soulevées¹¹.

Nous sommes tout autant accoutumés à la représentation des sociétés sous forme de personnes juridiques autonomes, distinctes des associés qui les ont constituées. Et cette représentation anthropomorphique permet de donner à la limitation de la responsabilité de l'associé une explication logique qui la fait échapper aux nécessités de justifications d'ordre politique ou économique : la personnification de la société fait presque découler la limitation de la responsabilité de l'associé de la nature des choses. Dès lors en effet que ce n'est pas aux associés personnellement que sont présentées comme rattachées les dettes qu'engendre l'activité (que ceux-ci mènent et dont ils profitent) mais à cet être juridique autonome qu'est la société, il n'est alors nul besoin de justifier par des arguments d'ordre politique ou économique la limitation de leur responsabilité : des principes essentiels de notre système juridique, la logique tire une telle solution dès lors que, par hypothèse, ce ne sont pas les

esprit critique. Nous en venons ainsi, sans même nous en apercevoir à ne plus savoir vraiment, concrètement, de quoi nous parlons de façon purement formelle ; et à ce stade, le travail scientifique n'a, évidemment, plus aucune prise sur la réalité elle-même. Il convient donc de reconquérir, constamment, les choses elles-mêmes, dans leur pureté eidétique ».

¹⁰ Gallimard, Folio, p. 66.

¹¹ Un temps, la mesure semble avoir cependant suscité l'intérêt des tenants de l'analyse économique du droit aux États-Unis, v. not. P. BLUMBERG, « Limited Liability and Corporate Groups », *Journal of Corporate Law*, 1986, p. 621 et s. ; F. EASTERBROOK et D. FISCHER, « Limited Liability and the Corporation », *University of Chicago Law Review*, 1985, p. 103 et s. ; H. HANSMANN et R. KRAAKMAN, « Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts », *Yale Law Journal*,

associés qui sont tenus des dettes qui découlent de l'activité mais la seule personne morale. Sous cette présentation usuelle qui laisse hors-champ les associés, on pourrait même s'étonner qu'ils puissent supporter la charge d'une quelconque responsabilité.

5. Le trait est peut-être ici grossi, cependant l'accoutumance à la solution ainsi que la méthode particulière de représentation du droit positif par le biais de la fiction de la personne morale jouent vraisemblablement un rôle important dans l'acceptation commune de la mesure de limitation de la responsabilité de l'associé et le peu d'interrogation que ce régime suscite. Si tant est cependant que l'on fasse l'effort de changer le prisme par lequel on envisage le phénomène, et que l'on tâche de se passer des outils conceptuels courants, il provoquera assez facilement l'étonnement, tant en son principe que pour ses modes de réalisation en droit positif contemporain.

6. À première vue néanmoins, la mesure n'est pas dépourvue de vertus et ce n'est sûrement pas sans raison qu'elle s'est érigée en pierre angulaire – discrète mais fondamentale – de notre système économique : envisagerait-on, par exemple, de faire supporter au père de famille ayant acquis quelques actions d'une société cotée dans le but de placer son épargne, les conséquences de la faillite de cette société ? Serait-il envisageable de lui demander de régler personnellement les dettes que cette société a pu souscrire auprès de ses différents partenaires ? Une telle solution paraîtrait assurément incongrue, sinon injuste et il est facile d'en percevoir les vigoureux effets systémiques néfastes pour l'économie. Le père de famille n'accepterait certainement pas de supporter un tel risque et les entreprises seraient partant privées d'une manne de financement considérable que représente l'épargne collective.

De même, n'est-il pas vertueux pour notre économie que l'entrepreneur puisse sans trop de risque réaliser son projet ? Combien d'entreprises n'auraient-elles pas vu le jour si ceux qui les ont fait naître avaient risqué par là d'engager l'ensemble de leur patrimoine personnel et de s'endetter sur de longues années, sinon à vie, en cas d'échec ? La limitation de la responsabilité incite incontestablement à la création d'entreprises en en réduisant les risques et permet par conséquent de faire émerger

1991, p. 1879 et s. ; et en France, v. P. LE GOFF, « Faut-il supprimer les sociétés à risque limité ? »,

celles qui apporteront leur lot de bénéfices à l'économie (emplois, augmentation d'activité pour ceux qui en deviendront les partenaires commerciaux, revenus pour l'État, etc.) : « qui aurait osé entreprendre la création, la production et la distribution de richesses nouvelles sous le couvert d'une responsabilité illimitée ? Les inconnues paraissaient tellement grandes et les risques tellement importants que personne ne les aurait assumés s'il avait fallu supporter tout le poids des échecs et toutes les pertes sans la moindre mesure et sans la moindre limite »¹² ; et il n'est d'ailleurs pas rare de considérer qu'elle fut l'une des conditions de réalisation d'un certain nombre de progrès techniques ou scientifiques qui n'auraient jamais pu advenir sans elle¹³.

7. Malheureusement, le jeu économique est à bien des égards à somme nulle. La dette est un lien qui connaît un débiteur et un créancier. Et les dettes ne peuvent pas être effacées ici, sans que corrélativement, une créance disparaisse ailleurs. Partant, si l'entrepreneur ou l'investisseur est déchargé d'une dette en tout ou partie, celui à qui la dette était due sera en principe celui qui subit la charge de cet effacement¹⁴. Et l'on ne saurait juger de l'opportunité économique de la mesure en ne l'appréhendant que du seul point de vue de l'associé qui en profite, sans prendre en considération les conséquences qu'elle emporte sur la situation de ceux dont la créance sera neutralisée.

Si l'entreprise dont la création fut incitée par la mesure en question a entraîné des dettes que l'ordre juridique efface, et que cet effacement met en péril la survie des entreprises qui lui avaient accordé leur crédit, l'équation économique, enrichie de cette donnée, appelle-t-elle toujours le même jugement ? La faillite d'une société n'est en effet que rarement sans conséquence pour ses partenaires ; une réaction en chaîne est à craindre : l'effacement des dettes que l'entreprise défaillante avait par exemple contractées à l'endroit de son fournisseur risque assez vraisemblablement d'entraîner pour ce dernier certaines difficultés financières qui dans certaines

RIDC 1999, n°3, p. 593 et s.

¹² G. HORSMANS, « Responsabilité limitée et plaisirs sans limites », *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 543 et s., spéc. p. 544.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ À moins de faire jouer à l'État le rôle d'« assureur tout risque » (rapp. C. BRAIBANT, concl. sur CE, 13 nov. 1970, Ville de Royan, *RDP*, 1971, p. 746) ce qui soulève encore de nombreuses questions (v. CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, rapport annuel EDCE, La Doc. Fr. 2005 ; F. BRUNET, « L'État, garant en dernier ressort », in *Prendre la responsabilité au sérieux*, A. SUPIOT, M. DELMAS-MARTY (dir.), PUF 2015, p. 715 et s.).

circonstances, pourraient lui être fatales et entraîner à leur tour des difficultés financières chez ses propres partenaires. L'effet domino est donc à redouter.

8. Bien entendu, il ne nous appartient pas de porter un jugement global sur l'opportunité macro-économique de principe de ce système qui, parce qu'il « socialise les pertes et privatise les profits », mériterait selon J. E. Stiglitz le qualificatif d'« ersatz de capitalisme »¹⁵. Tout au plus nous bornerons-nous à l'analyser et à en présenter l'ensemble des conséquences sous un prisme moins courant que celui par lequel la mesure se donne généralement à l'esprit, en en faisant peut-être ressortir certains aspects parfois trop peu soulignés.

9. Sur le terrain proprement juridique, l'on s'étonnera par exemple de ce choix qui consiste à délier sans nuance l'associé des dettes de l'activité qu'il crée, qu'il maîtrise et dont il profite, sans égard pour la cause des dettes en question et sans que ne soit instauré le moindre mécanisme de mise en balance des intérêts, apte à prendre en considération les situations respectives de l'associé libéré et du créancier qui supporte cet effacement de dettes.

On pourra trouver surprenant ce jugement à l'emporte-pièce où l'impératif de promotion de l'entrepreneuriat et de financement des entreprises vient à justifier que soit sacrifié le recouvrement de n'importe quelle créance, en toute circonstance, sans égard pour la cause de son existence et les impératifs qui l'ont commandée. Un tel phénomène semble procéder d'une méthode si expéditive qu'elle paraît issue d'un ordre juridique bien primitif. Par comparaison, lorsque le droit des contrats organise un semblable régime de limitation de responsabilité, la construction se révèle bien plus fine, subtile et nuancée : de multiples outils sont alors mobilisés pour encadrer l'application d'un tel système, prenant en considération notamment la nature de la créance, la qualité de celui à qui l'on prétend opposer une minoration de ses droits, ou encore l'ampleur de cette dernière.

10. Or les enjeux brassés ici sont loin d'être anodins. Ainsi que l'avait illustré avec éclat le célèbre arrêt Chronopost, un lien indéfectible existe, en l'état de l'architecture de

¹⁵ J. E. STIGLITZ, *La Grande Fracture*, trad. P. CHEMLA, éd. Les Liens qui Libèrent, 2015.

notre système juridique, entre le mécanisme de responsabilité et le caractère *obligatoire* des *obligations* et, partant, leur existence même¹⁶ ; de sorte qu'une atteinte trop vigoureuse portée au mécanisme de responsabilité revient à rendre illusoire l'obligation auquel ce mécanisme sert de support.

De ce fait, la fragilisation généralisée que le mécanisme de limitation de responsabilité de l'associé est susceptible d'apporter au système de créances et de dettes appelle la plus vive attention car elle est le ferment d'un péril majeur pour le système droit privé dans son ensemble compte tenu de la place qu'occupent, au sein de ce dernier, les concepts de créances et de dettes.

Il est d'ailleurs possible de parvenir à un constat peu ou prou similaire en empruntant une autre voie de raisonnement et en se représentant l'impact potentiel du mécanisme de limitation de la responsabilité de l'associé sur le système juridique sous le prisme de la théorie du patrimoine.

§2. Les impératifs portés par la théorie d'Aubry et Rau.

11. Le principe contenu dans ce qu'Aubry et Rau ont systématisé par leur célèbre théorie du patrimoine et qui veut que l'ensemble des richesses d'une personne réponde du traitement juridique qui lui est réservé nous semble constituer l'un des pivots essentiel du système de droit privé. S'il en découle logiquement que la multiplication des patrimoines serait une source de fragilisation pernicieuse de notre système juridique (A), il appert que la multiplication des personnes juridiques, lorsqu'elle est susceptible d'aboutir aux mêmes effets, est assurément porteuse d'un péril semblable (B).

¹⁶ Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632 P ; *GAJC*, 11e éd., n° 156 ; *D.* 1997. 121, note A. SERIAUX ; *ibid.* Somm. 175, obs. P. DELEBECQUE ; *JCP* 1997. II. 22881, note D. COHEN ; *ibid.* I. 4025, no 17, obs. G. VINEY ; *ibid.* I. 4002, n°1, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *Gaz. Pal.* 1997. 2. 519, note R. MARTIN ; *Deffrénois* 1997. 333, obs. D. MAZEAUD ; *CCC* 1997, n° 24, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1997. 418, obs. J. MESTRE.

A. L'unicité du patrimoine, un principe directeur majeur

12. En dépit des critiques qu'elle a suscitées, la théorie d'Aubry et Rau qui fait du patrimoine l'être au monde juridique de la personne¹⁷ paraît empreinte d'une vérité profonde. Notre système juridique répugne en effet à appréhender les destinataires de ses normes par leur corps et ne réserve les châtiments corporels qu'aux prohibitions les plus impérieuses. C'est donc l'octroi et le retrait de richesses qui constitue le moyen de réalisation premier du droit privé, et c'est ainsi essentiellement par l'intermédiaire de ses richesses que le destinataire du droit est saisi (1). Telle est la raison pour laquelle il est impératif que l'ensemble des richesses de la personne réponde du traitement juridique qui lui est réservé or tel est ce qu'exprime justement le principe d'unité et d'unicité du patrimoine (2).

1. La richesse matérielle pour levier d'action essentiel du droit privé

13. Que ce soit pour contraindre les destinataires des normes aux comportements souhaités ou pour rétablir la justice, et ainsi réaliser les finalités qui lui sont généralement reconnues comme essentielles, le système juridique devra identifier des sources de peines et de plaisirs universellement – ou du moins très largement – partagées par ses destinataires afin de s'en servir comme leviers d'actions. Or tout comme la liberté physique, la richesse matérielle est réputée universellement désirée par les individus : à l'instar de la première, son retrait est supposé universellement vécu comme une peine, son attribution au contraire, ressentie comme un bienfait. Le système juridique a donc fait de ce postulat l'un des fondements premiers de son architecture¹⁸, d'une part en ce qu'il use de l'attribution ou du retrait de richesses comme d'un outil de régulation puissant des comportements individuels ; d'autre part en ce qu'il use du transfert de richesses pour rétablir l'équilibre dans les situations jugées injustes, en prétendant compenser et effacer l'injustice d'une situation par une attribution de richesses.

¹⁷ L'expression est de R. SÈVE, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *APD*, t. XXIV, Sirey, 1979, p. 247 et s., spéc. p. 250.

¹⁸ Rapp. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2^{ème} éd. 2013, p. 350 et s.

14. L'octroi et le retrait de richesse comme outil de régulation des comportements individuels – À supposer donc l'individu attaché à la possession et à la jouissance des richesses matérielles, la propriété peut facilement servir à la régulation comportementale : il suffit de faire dépendre d'un comportement non souhaité par l'ordre juridique la soustraction de richesses – dont la dépossession physique est exécutable par la force. La menace de la réalisation d'un effet juridique que l'on postule universellement ressenti comme désagréable permet de diriger les comportements individuels puisque l'on suppose que les individus se garderont d'adopter celui auquel est attaché cet effet. On retrouve évidemment ce phénomène à l'œuvre dans l'amende, mais dans une large mesure aussi dans la dette de responsabilité qui très souvent, sanctionnera un comportement anti-social qu'elle dissuade d'adopter¹⁹.

La privation de liberté joue un rôle semblable mais, jugée plus grave, causant une peine plus grande et heurtant certains idéaux moraux, son utilisation n'est réservée qu'à certaines hypothèses rares de prohibition de comportements jugés particulièrement inadmissibles²⁰. Aussi est-elle aujourd'hui exclue du champ du droit privé, bien que les mécanismes de ce dernier puissent en dernière analyse reposer sur des règles de droit pénal qui usent de cette sanction²¹.

Inversement, l'ordre juridique peut aussi, bien que plus rarement, inciter à la réalisation de certains comportements qu'il souhaite voir adoptés, en faisant dépendre de ceux-ci l'attribution de richesses²².

15. La vertu compensatrice de la richesse – Mais l'utilisation du jeu de la soustraction et de l'attribution de richesses n'a pas seulement une finalité prophylactique et punitive, d'incitation et de sanction comportementale.

¹⁹ Rapp. B. STARCK, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, préf. M. PICARD, Rodstein 1947.

²⁰ Rapp. M. XIFARAS, *La propriété, étude de philosophie du droit*, PUF 2004, not. p. 252 et s. ; F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD Civ.* 1996, p. 819 et s., spéc. p. 826 ; J. ROCHFELD, *op. cit.* p. 351.

²¹ Ainsi, la propriété par exemple, sur laquelle tant de mécanismes de droit privé sont construits, trouve son effectivité garantie notamment par les dispositions de droit pénal prohibant le vol, qui sanctionnent celui qui s'en rend coupable d'une privation de liberté (art. 311-1 et s. du Code pénal). De même, les règles de droit privé régissant le lien de parenté et l'autorité parentale voient leurs effets garantis par certaines dispositions pénales qui en sanctionnent les violations manifestes par des peines privatives de libertés (v. article 227-5 et s. du Code pénal).

²² Ainsi lorsque le législateur offre le bénéfice de certains avantages fiscaux afin d'inciter à la réalisation de certains comportements qu'il souhaite promouvoir. Rapp. A. LAQUIÈZE, « Sanction

Le procédé a cela de supérieur au châtement corporel, auquel il s'est souvent substitué²³, qu'il ne se borne pas simplement à punir celui qui a méconnu une règle – et inciter corrélativement à l'adoption du comportement prescrit – puisque l'on peut également lui attribuer pour vertu d'anéantir les effets de la violation de la règle méconnue²⁴. Il peut, autrement dit, être regardé comme une « contre-mesure destinée à abolir les effets de cette violation »²⁵.

Par l'effet d'une sorte de super-fongibilité universelle reconnue à la richesse et à l'argent²⁶, la lésion illégitime des intérêts d'autrui sera considérée comme compensée et neutralisée par un transfert de richesse de celui qui en a été l'auteur au profit de celui qui en a été la victime ; n'importe quelle lésion à un intérêt légitime étant ainsi mesurable et réparable en argent²⁷.

Les règles de droit privé se combinent donc pour déterminer ce qui doit être considéré comme une atteinte illégitime aux intérêts d'autrui, et leur effectivité sera assurée par le transfert de richesses auquel elles sont susceptibles de donner lieu par l'intermédiaire du mécanisme obligationnel que le droit de gage général garantit. Les lésions découlant par exemple d'une atteinte au droit à l'image, du non respect d'un

», in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., coll. Quadrige Dicos poche, 2003, p. 1381 et s.

²³ Rapp. M. XIFARAS, *La propriété, étude de philosophie du droit*, PUF 2004, not. p 252 et s. ; G. DELLEUZE et F. GUATTARI, *L'anti-Œdipe, capitalisme et schizophrénie*, Éditions de Minuit, 1968, p. 163 et s ; AUBRY et Rau, *op. cit.* 4^{ème} éd., §581, p. 252 ; R. SÈVE, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *APD*, t. XXIV, Sirey, 1979, p. 247 et s ; v. aussi R.TROPLONG, *De la contrainte par corps en matière civile et de commerce*, Paris Ch. Hingray, lib-éd, 1847.

²⁴ V. cependant, bien que l'on puisse douter de la valeur de cette conception dans nos sociétés modernes, F. NIETZSCHE, *Généalogie de la morale*, Gallimard, 1971, §6 , p. 70 et s. (cité par M. XIFARAS, *op. cit.*, p. 253) : « Comment la souffrance peut-elle être une compensation pour des "dettes" ? Parce que faire souffrir donnait un très grand plaisir et que celui qui avait subi le dommage et ses désagréments obtenait en échange une extraordinaire contre-jouissance – véritable fête, et de nouveau, d'un prix autant élevé qu'elle était davantage en contradiction avec la situation sociale du créancier ».

²⁵ Rapp. R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ 2013, p. 332 : « qu'est ce qu'une sanction civile, dont nous savons à la vérité bien peu de choses ? Non la peine, dans son habillage spectaculaire, mais l'ensemble des conséquences juridiques d'une règle méconnue. Globalement il y a sanction toutes les fois que l'autorité de la règle violée est restaurée par une contre-mesure destinée à abolir les effets de cette violation. »

²⁶ À la fois « mesure universelle des valeurs » (K. MARX, *Le capital*, in *Œuvres*, t. II, Bibliothèque de la Pléiade, n° 204, 1968, Livre 1^{er}, 1^{ère} section, Chapitre III, 1) ; et unité de paiement universelle (rapp. R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé français*, LGDJ 1992, préf. P. MAYER, p. 32 et s. ; v. aussi J. CARBONNIER, *Les biens*, *op. cit.*, n°10, p. 23).

²⁷ Rapp. C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.* §162, « les droits relatifs à la première espèce (c'est-à-dire les biens innés) ne pouvant donner lieu à réclamation, qu'autant qu'ils ont été lésés par suite d'un délit ou d'un quasi-délit, et produisant alors une action en dommages et intérêts, ils se résolvent, quant à leurs effets juridiques, en droits sur des objets extérieurs » ; et rapp. et tome VI, § 573 et s. Rapp. avant eux, K. S. ZACHARIÄ, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, 1827, , I , §368, cité

engagement contractuel, ou de la méconnaissance de n'importe quel droit subjectif pourront être réputées réparées et anéanties par un transfert de richesse de celui qui en a été l'auteur au profit de celui qui les a subies²⁸.

16. Pour la même raison d'ailleurs, le mécanisme du transfert de richesse peut encore servir à rétablir la justice dans une situation jugée injustement déséquilibrée sans que ce déséquilibre ne découle de la violation d'une règle comportementale quelconque. L'ordre juridique jouera de cette répartition de la richesse simplement dans une visée réparatrice et sans poursuivre nécessairement en parallèle une finalité punitive : il en va ainsi par exemple des régimes de responsabilité sans faute où l'ordre juridique use du transfert de richesses pour faire supporter à celui qui profite d'une activité, les dommages que celle-ci a pu causer à autrui²⁹.

La « super-fongibilité » reconnue à la richesse et à l'argent en laquelle elle s'incarne permet de compenser un déséquilibre de n'importe quelle nature, de réparer toute lésion³⁰.

Aussi, pour ces raisons, le système de droit privé a placé le transfert de richesse en son cœur, et c'est par le jeu du mécanisme des créances et des dettes et de l'obligation civile, assis sur le mécanisme du droit de gage général qui en assure l'effectivité, qu'il se réalise³¹.

par M. XIFARAS, *op. cit.*, p. 216-217. V. aussi R. SEVE, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *APD*, t. XXIV, Sirey, 1979, p. 247 et s.

²⁸ Rappr. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, 4^{ème} éd., LGDJ 1994, n°224, p. 176 : « le débiteur n'est pas un "objet passif". Le droit de créance tend à courber sa volonté pour obtenir l'exécution d'une prestation. Mais il n'en résulte pas un assujettissement physique de la personne. La sanction de l'inexécution de l'obligation se fait sur les biens du débiteur. De la sorte, le droit de créance qui atteint directement la personne, porte indirectement sur l'actif du patrimoine du débiteur». Et rappr. C. AUBRY et C. RAU *précité* note 27.

²⁹ Rappr. L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1897, v. aussi, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, Sirey 1930. Rappr.. G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ 1936, spéc. n°181, p. 365 : « Ce que poursuivent en réalité le législateur et le juge c'est le déplacement du risque. Il s'agit de le faire passer de la tête de la victime sur une autre tête et de choisir celui qui sera déclaré responsable uniquement à cause de son aptitude à supporter la charge », et n°182 p. 366.

³⁰ Rappr. à propos de la conception d'Aubry et Rau des « biens innés », qui ne peuvent « donner lieu à réclamation qu'autant qu'ils ont été lésés par suite d'un délit ou d'un quasi-délit, et produis[ent] alors une action en dommages et intérêts [et] se résolvent, quant à leurs effets juridiques, en droits sur des objets extérieurs » (*Cours de droit civil français*, 4^{ème} éd., tome II, §162 et s.) et tome VI, § 573 et s.

³¹ La force obligatoire du mécanisme obligationnel repose en effet sur le droit de gage général, v. sur ce point *infra* n° 678 et s.

17. Le transfert de richesse, clé de voûte d'un système complexe – L'essentiel des dispositions de droit privé trouvent ainsi leur effectivité garantie par le biais du transfert de richesse auquel leur combinaison est susceptible d'aboutir³². Par elles-mêmes la plupart des dispositions de droit privé n'organisent pas véritablement d'obligation comportementales : ces dernières se déduisent plutôt de la combinaison de multiples dispositions³³. Par exemple, l'obligation d'entretenir l'immeuble qui pèserait sur une partie en raison de sa qualité de loueur (art. 1719, 2° C. civ.) est la conséquence de la combinaison de multiples pans de dispositions normatives : elle sera en effet retenue dans une situation donnée grâce la combinaison virtuelle des dispositions régissant la question de la capacité des contractants, de celles organisant les conditions de validité des contrats, etc. Ainsi l'existence de cette obligation comportementale d'entretien qui serait mise à la charge d'une personne donnée en sa qualité de loueur, apparaît subordonnée à la réunion d'une infinité de conditions portées par une multitude de dispositions normatives, tandis le contenu précis de cette obligation, son régime, sera défini de la même manière, par le jeu de la combinaison de données normatives tout aussi nombreuses et diverses. Notre droit positif est ainsi un système complexe, aux éléments interdépendants, dont les normes ne se donnent à l'entendement qu'au prix d'un effort de combinaison de multiples éléments³⁴. Or, parce que dans l'hypothèse visée, l'obligation d'entretien considérée trouve son effectivité garantie par le droit de gage général et le transfert de richesse qu'il est susceptible de réaliser au besoin par la force (puisqu'en l'état du droit positif, c'est par ce biais qu'un refus d'exécution pourra être vaincu³⁵)³⁶, il apparaît qu'*in fine*, ce sont l'ensemble des dispositions qui sont mobilisées pour retenir l'existence de l'obligation d'entretien qui sont dépendantes du mécanisme de transfert de richesse qu'assure le droit de gage général, puisque ce dernier garanti l'effectivité de la norme comportementale à laquelle la combinaison de ces dispositions permet d'aboutir.

³² Rapp. *infra* n° 676 et s.

³³ Rapp. R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ 2013, not. n° 256 et s., p. 337 et s.

³⁴ V. not. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé - La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préf. P. ROUBIER, Sirey 1948, rééd. Dalloz 2002, n°17.

³⁵ Le droit de gage général constitue un mécanisme indispensable et nécessaire à l'effectivité de la dette de dommages et intérêt qui sanctionnerait le défaut d'exécution, ou du commandement d'exécuter sous astreinte l'obligation d'entretien.

³⁶ V. plus généralement à propos de cette idée, *infra* n° 679 et s.

18. L'exemple est assurément généralisable, il en va vraisemblablement ainsi de l'essentiel du droit privé, qui puise *in fine* son effectivité de ce que ses dispositions sont susceptibles d'être prises en compte dans le cadre de raisonnements juridiques tenant à l'édiction de créances et de dettes, elles-mêmes garanties par le droit de gage général et le transfert de richesses forcé qu'il réalise³⁷.

Le droit de gage général apparaît partant, par le truchement du mécanisme obligationnel dont il garanti le caractère obligatoire, comme le socle sur lequel repose l'essentiel de la charpente du droit privé. Aussi les atteintes portées à l'effectivité de ce mécanisme de transfert de richesse se répercutent sur l'effectivité des dispositions de droit privé qui reposent essentiellement sur ce mécanisme.

2. L'impérativité de l'unicité et de l'unicité du patrimoine pour corollaire

19. **Le patrimoine « être au monde juridique » de la personne** – De ce qui précède, ressort avec évidence l'impérativité du lien unissant la personne à son patrimoine ainsi que de l'idée défendue par Aubry et Rau pour qui le patrimoine constitue l'être au monde juridique de la personne³⁸, ou son « expression économique »³⁹ : c'est par le jeu d'opérations affectant le patrimoine de l'auteur et celui de la victime d'une injustice que l'ordre juridique prétend effacer cette-dernière et c'est par ce biais encore qu'il sanctionne

³⁷ Rappr. *infra* n° 676 et s.

³⁸ *Op. cit.*, 4^{ème} éd., p. 240, « l'ensemble des biens d'une personne ne constituant une universalité de droit que parce qu'il se confond pour ainsi dire avec sa personnalité ». V. R. SÈVE, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *APD*, t. XXIV, Sirey, 1979, p. 247 et s. ; rappr. F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD civ* 1996, p. 819 et s., not. n°15 : « dans la théorie classique, le patrimoine est le reflet nécessaire de la personne, il n'existe que par et pour cette dernière qui en est titulaire. Les biens eux-mêmes ne se conçoivent qu'en considération de la personne de leur propriétaire. Les obligations, quant à elles, sont éminemment personnelles ; c'est avant tout à la personne qu'elles s'imposent. Reflet économique de la personne, le patrimoine contient les biens dont celle-ci est propriétaire et les obligations dont elle est tenue. Les biens et les obligations sont liés entre eux par le biais de la personne du titulaire du patrimoine. Ainsi, la personne est-elle la source du patrimoine et également la cause de l'existence des biens et des obligations. Toute personne a nécessairement un patrimoine. La personne ne peut exister sans un patrimoine, les biens n'existent qu'au travers de la personne, et les obligations ne s'expliquent qu'au regard du sujet qui s'oblige ou est obligé ».

³⁹ F. COHET-CORDEY, *art. cit.*, v. not. n°22, v. aussi n°37 ; rappr. également A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD. civ.* 1994, p. 803 et s. ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions, op. cit.* p. 350 et s.

le non-respect de normes comportementales qu'il pose, et rend partant celles-ci effectivement obligatoires⁴⁰.

Les peines et les jouissances que l'ordre juridique dispense aux individus pour remplir ses fonctions passent donc essentiellement – du moins en ce qui concerne le droit privé – par un transfert de richesses, et le patrimoine constitue dès lors le pivot de ce système en ce qu'il agrège les richesses de la personne en une universalité sur laquelle se réalise et s'incarne le traitement juridique que l'ordre juridique lui réserve, et par laquelle le Droit l'atteint⁴¹.

20. L'impérativité de l'unicité du patrimoine comme biais d'effectivité des normes – Aussi est-on tenté, pour cette raison, de souscrire à l'idée d'une certaine impérativité des caractères unitaire et indivisible du patrimoine car ceux-ci impliquent que « par chacun de ses actes, le débiteur engage l'ensemble de ses biens »⁴². Autrement dit, que l'ensemble des richesses de la personne soit effectivement susceptible de répondre du traitement juridique que sa situation appelle, au travers des obligations civiles mises à sa charge. Unicité et indivisibilité du patrimoine sont donc les moyens de l'effectivité du droit en l'état de son système architectural. Admettre au contraire la possibilité d'une pluralité de patrimoines, ou de divisions étanches au sein du patrimoine de la personne, revient à admettre que certaines richesses, pourtant sous l'empire de cette dernière, restent hors de portée du traitement juridique que le comportement ou la situation de cette personne appelle. Alors, tandis que d'une main, le droit ordonnerait que soit procédé à une soustraction de richesses car c'est par ce biais qu'il entendrait sanctionner un

⁴⁰ Rappr. F COHET-CORDEY, *art. cit.*, spéc. n°16 : « La personne ne peut se concevoir en société sans un patrimoine, c'est-à-dire sans un ensemble de biens qui lui soit rattaché et qui répond de ses actes. Doter la personne d'un patrimoine, c'est faire œuvre de bonne administration publique. En effet que deviendrait l'ordre établi si les hommes n'avaient pas de biens ou pas de possibilité d'en avoir et si, partant, l'exécution sur la personne étant écartée, on n'avait aucun moyen de sanctionner leurs actes ? Il est moralement juste et socialement utile qu'une personne engage par ses actes l'ensemble de ses droits. Sans patrimoine, c'est-à-dire sans bien présent ou sans possibilité d'en acquérir dans l'avenir, sans surface patrimoniale, la personne représenterait un danger pour la société qui n'aurait plus de contrôle sur ses agissements économiques, elle serait économiquement irresponsable. L'existence d'un patrimoine assurant la corrélation entre les droits et les charges d'une personne est impérative dans la mesure où elle est une garantie de la sécurité des échanges et des risques créés par l'activité de celle-ci. »

⁴¹ V. J. ROCHFELD, *Les grandes notions, op. cit.*, p. 343 et s., spéc. p. 350-352 ; rappr. R. DEMOGUES, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, éd. La mémoire du Droit, 2001, p. 382-383 : « La notion de patrimoine (...) n'est en somme que celle de l'ensemble des biens envisagés comme garantie des obligations pécuniaires ou autres (dans la mesure où elles ont une sanction pécuniaire) pesant sur la personne » ; v. aussi *J. Class. Civ.* Fasc. 10, « Droit de gage général » par C. WITZ, not. n° 29 et s.

⁴² M. GRIMALDI et B. REYNIS, « Brèves réflexions d'avant-congrès sur le patrimoine professionnel », *Def.* 1987, art. 33947, p. 587 et s., spéc. p. 588.

comportement ou rétablir la justice ; de l'autre, il laisserait le jeu de la multiplicité des patrimoines faire obstacle à ce transfert, et par conséquent, au juste traitement de la situation que celui-ci était supposé réaliser⁴³.

Aussi, parce que la division patrimoniale est susceptible de s'opposer au transfert de richesses que la combinaison des diverses dispositions de droit privé aurait commandé et qui constitue leur voie de réalisation essentielle, la division patrimoniale peut apparaître comme un obstacle à l'effectivité des normes de droit privé. Et telle est donc la raison pour laquelle le droit positif est construit sur le principe de l'unité et de l'unicité du patrimoine.

21. Précision quant à la nature de l'impérativité en jeu – Si l'unicité du patrimoine constitue bel et bien comme nous le croyons, une clé de voûte essentielle du système de droit privé, qui conditionne l'effectivité de ce dernier, ce principe s'impose alors bien plus qu'au titre d'un simple « précepte de morale sociale » ainsi que cela est souvent affirmé⁴⁴. Pour autant, il est vrai que le législateur souverain dispose techniquement de la faculté d'y déroger. En témoignent les quelques exceptions emblématiques bien connues que connaît notre droit positif, à l'instar du patrimoine d'affectation de l'EIRL⁴⁵. Mais parce qu'elles conduisent à saper l'effectivité des normes, ces sortes d'exceptions ne doivent être créées qu'avec parcimonie et une extrême prudence⁴⁶.

⁴³ Rappr. P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés », *Mél. Sayag*, Litec 1997, p. 227 et s., spéc. p. 230 et s.

⁴⁴ M. GRIMALDI et B. REYNIS, « Brèves réflexions d'avant-congrès sur le patrimoine professionnel », *Def.* 1987, art. 33947, p. 587 et s., spéc. p. 587-588. Rappr. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, tome 1, *L'acte juridique*, Sirey 2014, 16^{ème} éd., n°37, selon qui le principe « traduit une donnée morale, à savoir que chacun doit répondre de toutes ses dettes sur tous ses biens » ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et M. JULIENNE, *Les biens*, 8^{ème} éd., LGDJ, 2019, n°20, p. 28 : « L'unicité du patrimoine exprime les exigences de l'honnêteté dans les affaires : on doit payer toutes ses dettes dont doivent répondre tous ses biens ». Rappr. A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unicité du patrimoine, essai critique*, Defrénois 2007, préf. D. TOMASSIN, n° 508 et s., p. 244 et s. ; G. GOUBEAUX, « Personnalité morale, droit des personnes, et droit des biens », in *Mélanges R. Roblot*, LGDJ 1984, p. 199 et s., not. n°13 et s. p. 209 et s. ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions*, *op. cit.*, p. 352 : « cette dimension morale justifie également le principe de l'unicité du patrimoine et son importance : le poids de la responsabilité serait allégé si l'on diminuait l'ampleur de la garantie financière en divisant le patrimoine en plusieurs segments ; il doit tout entier répondre des actes de la personne ». Rappr. aussi R. SÈVE, *art. cit.*

⁴⁵ Et v. déjà AUBRY et RAU, *op. cit.* 4^{ème} éd., §574, p. 234 ; R. SÈVE, *art. cit.* p. 256.

⁴⁶ Rappr. R. SÈVE, *art. cit.*

B. Prolongement des principes qui commandent l'unicité du patrimoine à l'unicité de la personne

22. La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau attache l'unicité du patrimoine à l'unicité de la personne⁴⁷, et ces auteurs entendent par ce dernier concept tant la personnalité juridique des personnes physiques que celle des personnes morales⁴⁸.

Celles-ci ont en effet par définition vocation à être titulaires de droits et d'obligations, et leur traitement juridique passe par les mêmes outils que ceux construits pour les personnes physiques⁴⁹. Aussi, le principe d'unité et d'unicité du patrimoine s'impose logiquement tout autant à leur égard.

Cependant l'utilisation de la technique de la personnalité morale au patrimoine étanche semble la source d'un péril identique pour la charpente du droit privé à celle que fait peser la multiplication des patrimoines. Et les dangers que la théorie d'Aubry et Rau, telle que nous la comprenons ici, permet de prévenir, ne sont pas irrémédiablement évités du simple fait que les principes d'unité et l'unicité du patrimoine sont respectés.

Certes, formellement, l'unicité du patrimoine n'est pas en remise cause lorsque, plutôt que d'affecter certains biens à une activité donnée dans un patrimoine autonome, il est recouru à la technique de création d'une personne juridique nouvelle, dotée d'un patrimoine unitaire. Mais à de nombreux égards, il pourra s'agir d'une « pirouette doctrinale astucieuse »⁵⁰ qui offrira la possibilité de respecter la lettre de la théorie tout en en bafouant l'esprit⁵¹.

En effet à poursuivre le raisonnement mené jusqu'ici, le péril pour l'effectivité des normes paraît absolument identique selon qu'un individu – seul destinataire concevable de la réglementation juridique⁵² – serait doté d'une personnalité unique à laquelle se rattacherait plusieurs patrimoines, ou selon que l'individu serait doté de plusieurs personnalités juridiques distinctes chacune dotée d'un seul patrimoine étanche. Dans les deux cas, l'individu peut parvenir à ventiler de manière équivalente les richesses dont il profite et sur lesquelles il peut disposer d'un pouvoir souverain,

⁴⁷ Ainsi, not. *op. cit.*, 4^{ème} éd. §162, t. II, p. 3.

⁴⁸ V. *op. cit.* 4^{ème} éd. §573 et s., p. 229 et s.

⁴⁹ V. *Infra* Partie I, Titre 1, Chapitre 1, n° 29 et s.

⁵⁰ C. CHAMPAUD et D. DANET, obs. n°11 sous CA PARIS 3^{ème} ch. B, 14 nov. 2003, *RTD com.* 2004, p. 233, cité par A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.* n°260 p. 115.

⁵¹ Rapp. M. GRIMALDI et B. REYNIS, *art. cit.* ; rapp. J. ROCHFELD, *op. cit.*

en différentes « poches », faisant alors en sorte que seule une partie des richesses qui se trouve sous son empire réponde du traitement juridique que son comportement ou sa situation appelle⁵³.

23. La multiplication des personnalités juridiques ou la « divisibilité » de la personnalité juridique, sont des phénomènes qui sont partant porteurs des mêmes périls que ceux qui procèdent d'une multiplication ou d'une division des patrimoines, et les impératifs visés qui président au principe d'unicité du patrimoine semblent tout autant commander le principe d' « unicité » de la personnalité juridique.

Autrement dit, autant qu'il contreviendrait à l'impérativité des règles de droit qu'une même personne puisse disposer de ses richesses en une multitude de poches patrimoniales (au rebours donc du principe de l'unité du patrimoine), contrevient la possibilité pour un même individu de disposer de multiples personnalités juridiques, chacune dotée d'un patrimoine étanche.

La multiplication ou la division des patrimoines comme des personnalités juridiques, apparaissent donc comme deux moyens équivalents pour l'individu, seul destinataire du droit, de multiplier ou de diviser son « être au monde juridique »⁵⁴, et présentent partant les mêmes risques d'atteinte à l'effectivité des normes.

24. S'il n'y a donc nulle nécessité absolue à ce que les individus – leurs comportements, leurs situations – ne soient appréhendés qu'au travers d'une seule personnalité juridique, non plus que ces personnalités juridiques ne soient dotées que d'un seul patrimoine, il reste que les possibilités offertes de multiplication et de division de la

⁵² Sur ce point, rappr. *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, n° 29 et s.

⁵³ Rappr.. M. GRIMALDI et B. RÉYNIS, *art. cit. spéc.* p. 588 « L'unité du patrimoine ou de la personne exprime en forme d'aphorisme l'idée selon laquelle il est moralement juste et socialement utile que, par chacun de ses actes, le débiteur engage l'ensemble de ses biens. (...) Bien compris, le principe de l'unité du patrimoine est donc écarté dès lors qu'un individu peut s'adonner à une activité où il n'engage pas tous ses biens. Dès lors, comment ne verrait-on pas qu'il a subi un coup fatal avec l'utilisation qui a été faite de certaines sociétés ? (...) Dire que le principe de l'unicité du patrimoine est sauf au prétexte qu'une personne morale a été constituée, c'est se payer de mots. Certes, il est respecté dans sa lettre, dans sa formulation aphoristique : l'être moral étant distinct des êtres physiques qui les constituent, et notamment de l'entrepreneur qui s'abrite derrière lui, il n'y a bien qu'un seul patrimoine par personne. Mais il est violé dans sa raison d'être, dans sa signification réelle de morale sociale : la société permet à celui qu'elle dissimule de limiter à certains de ses biens les conséquences de certains de ses actes. Tout cela n'est pas d'ailleurs sans malice : formulée pour rendre compte de l'article 2092 C. civ., la théorie d'Aubry et Rau a permis de le contourner par le truchement de la personnalité morale ».

⁵⁴ R. SÈVE, *art. cit.*, p. 250.

personne ou de son patrimoine, portent en elles un risque identique de graves atteintes à l'effectivité des normes⁵⁵.

25. C'est donc la conscience des périls que le mécanisme de limitation de responsabilité de l'associé, construit sur le principe de l'étanchéité du patrimoine de la société personnifiée⁵⁶, est susceptible de porter au système juridique dans son ensemble qui préside au choix de la présente étude et qui guidera sa construction.

L'étendue et la vigueur de la mesure, ses conséquences juridiques comme économiques, le choix de ses bénéficiaires et donc de son champ d'application, mériteront d'être précisément déterminés, puis analysés à l'aune notamment des fondements juridiques ou des objectifs politiques susceptibles de justifier ce régime. Compte tenu en effet de la gravité des entorses aux axiomes les plus fondamentaux de notre système juridique que porte ce mécanisme, il apparaîtra particulièrement impérieux que son champ d'application ainsi que ses effets soient strictement modelés et indexés sur ce que désignent ses justifications ; la vérification du respect de cet impératif par le droit positif constituera donc la ligne de fuite essentielle de la présente étude.

Ces recherches nous conduiront logiquement à croiser certains concepts cardinaux du droit des sociétés, à commencer par la notion même de société, celle de personne morale ou encore celle d'entreprise ; et nous serons amenés à nous pencher sur quelques unes des interrogations majeures que ces notions, qui sont le support de la mesure étudiée, soulèvent. La démarche nous amènera aussi à porter notre attention sur un certain nombre de mécanismes centraux du droit des sociétés qui, à la lumière de la problématique qui nous occupe, pourront révéler des visages inattendus.

26. Et au risque de dévoiler un peu tôt les conclusions de nos analyses, on peut dès à présent énoncer qu'après avoir pris la pleine mesure du caractère exceptionnel de ce régime qui, pour des considérations de politique économique, s'inscrit en nette rupture

⁵⁵ Rappr. sous-entendant cette équivalence, P. MALAURIE, L. AYNÈS et M. JULIENNE, *Les biens*, op. cit., 8^{ème} éd., n°20, p. 28 : « L'unicité du patrimoine (...) n'a pu s'adapter aux transformations des relations d'affaires et à la société industrielle contemporaine que parce qu'au même moment s'était structurée la théorie de la personnalité morale qui avait permis de détacher le patrimoine de la personne physique en créant une personne morale chaque fois que cela était nécessaire ».

⁵⁶ L'étanchéité du patrimoine social est toutefois bien relative puisqu'elle est asymétrique : elle opère à la manière d'une nasse qui piège les dettes mais laisse s'échapper les profits, v. not. sur ce point *infra* n° 549 et s. et n°629.

avec la logique juridique (Partie 1), nous déplorerons la dangereuse dérive incontrôlée dont il est l'objet (Partie 2).

PARTIE 1 - UNE MESURE DE POLITIQUE ÉCONOMIQUE EN FRANCHE RUPTURE AVEC LA LOGIQUE JURIDIQUE

27. Avant toute chose, il convient de ménager une base solide sur laquelle ériger une analyse de l'état précis, en droit contemporain, du mécanisme de limitation de responsabilité de l'associé. Il nous faudra donc tout d'abord évaluer la portée du caractère dérogatoire de la mesure (Titre 1) et mettre en évidence, ensuite, les causes de son existence (Titre 2).

TITRE 1 - UNE MESURE INCONCILIABLE AVEC LES PRINCIPES CARDINAUX DU SYSTEME JURIDIQUE

« Nous avons à nous délivrer d'habitudes mentales et de préventions que les siècles écoulés ont rendues à la fois tyranniques et vénérables. »

H. LEVY-BRUHL, *La morale et la science des Mœurs*⁵⁷

28. La mesure de limitation de responsabilité de l'associée n'étant connue que dans le cadre des structures sociales personnifiées, elle emprunte un biais de réalisation technique original susceptible de dissimuler sa véritable nature dans la mesure où seule la personne morale est techniquement tenue des dettes engendrées par l'activité sociale et que la responsabilité de l'associé passe simplement par l'abandon de son apport.

Aussi nous a-t-il paru impératif de commencer par évacuer une source de confusions, de lever une ambiguïté qui pourrait sinon s'avérer à de nombreux égards paralysante : elle a trait à ce qu'est une personne morale, car l'on ne peut comprendre le phénomène de limitation de la responsabilité de l'associé qu'à la condition de l'appréhender en tant que tel, ce que masque justement le procédé technique de la personnification des sociétés (Chapitre 1).

Une fois ces précisions apportées, il conviendra de vérifier, en suivant les grands axiomes du droit de la responsabilité notamment, pourquoi l'associé, à raison de la place et des prérogatives que son statut lui confère structurellement, devrait supporter les conséquences de celle-ci, afin de mesurer la portée de la dérogation qu'un tel mécanisme institue (Chapitre 2).

⁵⁷ PUF, 15ème éd., 1953, p. 293.

CHAPITRE 1 - LA PERSONNALITE MORALE DES SOCIETES PERSONNIFIEES : OUTIL CONCEPTUEL PORTEUR DE DONNEES NORMATIVES DESTINEES AUX INDIVIDUS

« Les mots sont des moyens de communication très imparfaits;
bien souvent, ils dissimulent au lieu de manifester. »

G. GUSDORF, *La parole*⁵⁸

29. Ce que spontanément, la manière usuelle de raisonner du discours juridique contemporain laisse à penser, est que des droits, des obligations sont attribués aux personnes morales. Ceux-là étant la conséquence des actes de celles-ci.

En réalité, les propositions qui véhiculent de telles représentations n'expriment – combien d'auteurs l'ont déjà démontré ? – rien d'autre que, de manière imagée, un phénomène d'application d'un certain régime juridique, dont les destinataires ne peuvent être que des individus, au premier titre desquels, ceux qui agissent à travers la personne morale.

Bien que l'on soit souvent confronté aux marques d'une méconnaissance de cette assertion d'évidence, il semble vain de s'atteler à sa démonstration. En effet, parce que « s'il est des temps où l'on est condamné à l'ignorance parce qu'on manque de livres, il en est d'autres où il est difficile de s'instruire parce qu'on en a trop »⁵⁹, les propos qui suivent ne prétendent pas ajouter à cette littérature trop abondante, une analyse nouvelle du phénomène de la personnalité morale.

Pour autant, puisque nombre des démonstrations à venir reposeront directement sur le postulat selon lequel la personne morale n'est qu'un concept auxiliaire de la science du droit, il a paru nécessaire de procéder au bref rappel des raisons qui commandent cette qualification. Il convient de montrer ainsi brièvement, dans un premier temps,

⁵⁸ PUF, 1998, p. 76.

⁵⁹ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801, éd. Confluences, 2004, p. 18.

pourquoi l'affirmation selon laquelle la personne morale ne peut être désignée titulaire d'un droit ou d'une obligation qu'à titre d'image, doit être considérée comme absolument nécessaire si l'on veut bien donner crédit à la plus élémentaire des définitions du Droit, comme des plus élémentaires acceptions de l'idée de droit et d'obligation (Section 1). Car s'en déduit la véritable nature de la personne morale – concept vecteur de données juridiques utiles à la régulation des comportements individuels et à l'arbitrage des intérêts humains – dont il conviendra de décrire sommairement dans un second temps, la structure de fonctionnement (Section 2).

30. Précautions méthodologiques – Il ne s'agira nullement de prétendre fournir ici une réponse exhaustive à la question de savoir ce qu'est la personnalité morale, d'essayer d'en déterminer l'essence, les utilités ou la nature ; de trop nombreuses études y ont été consacrées, dont la somme semble d'ailleurs nuire à l'objectif supposé de chacune⁶⁰.

Le but des propos qui suivent se limite à tâcher de montrer que la personne morale peut être analysée en tant que conceptualisation de données juridiques ayant pour destinataires les individus. S'il faut se confronter au principe de la notion de personne morale, ce n'est donc qu'avec l'ambition d'en faire ressortir ce seul aspect, déjà maintes fois exposé⁶¹, et dont l'étude n'épuise évidemment pas la description du mécanisme dans son ensemble.

⁶⁰ Rappr. R. LIBCHABER, « Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain », *RTD Civ.* 2003 p.166 et s. : « Le bilan de la querelle de la personnalité est maigre, sinon par la débauche de vaine énergie qu'elle a occasionnée. On peut même se demander s'il n'est pas tout simplement négatif, n'ayant abouti qu'à obscurcir la notion de personne sans jamais l'éclairer ». Et rappr. J.-E.-M. PORTALIS cité *supra*.

⁶¹ V. notamment parmi les plus prestigieuses études consacrées à la notion aboutissant à cette conclusion : B. OPPETIT *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris 1963 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. C. EISENMANN, Dalloz 1962, spéc. p. 224, n°33 et s. ; R. DEMOGUES, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, rééd. Mémoire du droit, 2001, spéc. p. 352 et s. ; L. FRANCOIS, *Le cap des tempêtes, Essai de microscopie du droit*, Bruylant, 2^{ème} éd., 2012, spéc. p. 149 et s. ; P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé*, Langres, 1950 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1997, spéc. p. 197 et s. ; J. P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, LGDJ, 1977 ; G. de VAREILLES-SOMMIERES, *Les personnes morales*, LGDJ, 1919. On citera à ce propos cette conclusion de M. R. LIBCHABER : « un instant de recul nous convainc aisément de ce que, dans les querelles évoquées, la pensée des protagonistes tourne un peu à vide. D'abord, parce qu'il va de soi qu'en tant que concept juridique, la notion de personne ne peut être placée que dans la dépendance des exigences du système lui-même. S'il y a de la transcendance dans l'être humain, il n'y en a certainement pas dans la notion de personne, qui n'est qu'un point d'imputation de règles de droit. Et l'on aurait sans doute évité bien des débats et des blessures narcissiques si l'on s'était d'emblée avisé que la réalité sensible ne se transportait pas de plein droit dans l'ordre juridique : comme toutes les

Tout au plus ces propos auront-ils pour dessein de présenter quelques clés de compréhension du fonctionnement du phénomène de la personne morale, au travers duquel, malgré la confusion à laquelle incite le vocabulaire teinté d'anthropomorphisme que cette construction véhicule, les activités et les comportements humains sont régulés.

31. Mais le contexte dans lequel ces propos s'inscrivent rend leur exposé délicat en dépit de la modestie de leur ambition pour au moins trois raisons.

Tout d'abord, la notion de personnalité morale comme celle de droit subjectif à laquelle la première est intimement liée semblent avoir déchainé tant de controverses passionnées⁶² qu'en ces matières, il paraît difficile de faire échapper une quelconque affirmation, aussi anodine soit-elle, aux filets des courants de pensée polarisés préexistants : certains mots au sens premier bénin, certaines assertions à la portée d'apparence anecdotique furent, par la somme des études et des controverses, lourdement chargés de sens et parfois même érigés en étendard de constructions doctrinales tentaculaires. Leur emploi est ainsi souvent perçu comme marqueur de l'allégeance inconditionnelle et absolue de celui qui y recourt à la théorie que ces bannières désignent, pour toutes ses conséquences, postulats et fondements, et impliquant corrélativement le rejet, tout aussi radical et complet, des doctrines présentées comme opposées.

notions juridiques, celle de personne n'est qu'une construction asservie à des besoins » (« Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain », *RTD Civ.* 2003 p.166 et s.).

V. pour une présentation de certaines déclinaisons rigoristes de la « théorie de la réalité », B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 334 et s. ; v. J.-C. BLUNTSCHLI, *Théorie générale de l'État*, trad. A. RIEDMATTEN, 2^{ème} éd., Guillaumin, 1881, L. 1, p. 7 et s.

⁶² Déjà en 1930 Josserand faisait état d'une « littérature innombrable » à laquelle avait donné naissance la question de la nature de la personnalité morale. Cette « grande querelle » avait déjà conduit à « l'éclosion d'une multitude de systèmes dont chacun prétend expliquer le concept de la personnalité morale et pénétrer jusqu'à son essence intime » (*Cours de droit civil positif français*, t. 1, Paris, Sirey, 1930). La seule tâche de s'employer à lister les terrains de bataille de la pensée juridique des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles autour des notions de droit subjectif et de personnalité juridique, paraît considérable ; v. pour une présentation synthétique des débats relatifs à la nature (« réelle » ou « fictionnelle ») de la personne morale, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^{ème} éd., PUF, 2013, p. 76 et s. ; également N. BARUCHEL *La personnalité morale en droit privé*, th. LGDJ, 2004, préf. B. PETIT, n°46 et s., p. 29 et s. ; ou pour un exposé plus exhaustif : R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, 1910, rééd. La Mémoire du Droit, 2003 ; v. aussi P. DURAND, « L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé », *Etudes G. Ripert*, t. 1, 1950, LGDJ, p. 138 et s.

Ensuite, la somme des controverses évoquée a fait de la matière un périlleux champ de bataille où avancer l'assertion la plus anodine expose presque irrémédiablement à heurter l'une au moins des conceptions doctrinales existantes, impliquant de prendre position vis-à-vis d'elle.

Le poids des théories sous laquelle la matière ploie semble lui avoir nui. Car si chaque affirmation doit justifier de sa conciliation avec les innombrables doctrines existantes, une étude en ce domaine ne peut sortir de terre qu'au terme d'une fastidieuse et tumultueuse lutte qui semble de fait, réduire irrémédiablement la hauteur de son point d'arrivée.

Enfin, la richesse de la doctrine a fait de cette matière un terrain particulièrement propice à ces « malentendus qui naissent inévitablement de l'emploi de termes que le temps a chargés de trop de sens différents »⁶³, par ce phénomène pervers d'imputation progressive d'autant de sens qu'il existe d'études, aux termes les plus utiles à la description de leurs objets.

32. En considération de ces données, il convient d'annoncer explicitement la neutralité de principe des propos qui suivront vis-à-vis de tout ce que ceux-ci, ou leurs conséquences nécessaires, n'affirment ou ne rejettent directement pas. Aussi, ne sera-t-il ici question d'appréhender la personnalité morale que sous l'angle de l'un de ses aspects, en ne prenant appui sur les travaux préexistants qu'en ce qu'ils peuvent directement servir la démonstration menée, en optant souvent délibérément pour un refus de confrontation de celle-ci avec les théories existantes et en lui faisant pour cela parfois emprunter la bien périlleuse voie du « bon sens », afin d'éviter de l'engager sur celle plus noble mais trop encombrée des controverses conceptuelles.

⁶³ D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, th. Univ Paris I Panthéon Sorbonne, 2002, polycop., p. 1.

Section 1 - La nature de la personne morale dégagée de sa définition chimérique

33. Au tout premier abord, la notion de personnalité morale paraît receler dans ses termes un grave paradoxe. Les notions de droit et d'obligation paraissent en effet ne pouvoir être comprises qu'avec pour destinataire un être humain, ou tout au moins un être doté de certaines facultés cognitives, émotionnelles et comportementales. Adresser un droit ou une obligation à un être purement abstrait présenté comme distinct des individus qui le composent paraît de ce fait heurter profondément le sens commun (Sous-Section 1). L'obstacle peut toutefois être aisément dépassé en comprenant la pluralité d'acceptations que peuvent recevoir ces notions de droit et d'obligation. L'énoncé qui présente la personne morale comme destinataire de droits et d'obligations peut alors être compris – et ne peut qu'être compris – en entendant ces notions en tant que matériaux conceptuels de technique juridique, soit dans un sens distinct que celui qui est le leur dans un langage commun ou philosophique (Sous-Section 2).

Sous-section 1 - Le paradoxe de l'attribution de droits et d'obligations à la personne morale

34. Une chimère – La présentation usuelle de la notion de personne morale paraît à elle seule un défi à la plus élémentaire logique : c'est de prime abord, au constat d'un irréductible paradoxe (§2) que mène la tentative de conciliation des termes les plus essentiels à la définition du phénomène (§1).

§1. Présentation usuelle de la notion

35. La personnalité morale est un concept qui renverrait, selon la présentation la plus généralement admise, au phénomène d'attribution « de droits et d'obligations à des sujets autres qu'humains »⁶⁴. Il s'agirait ainsi de doter de la personnalité juridique – point d'imputation de droits et d'obligations, aptitude à être sujet actif ou passif de droits subjectifs⁶⁵ – des entités autres qu'humaines.

Traditionnellement utilisée pour offrir à un ensemble d'individus un moyen d'agir sur la scène juridique en tant que communauté unifiée⁶⁶, permettant notamment par ce biais l'appréhension et le traitement par le Droit de manière unitaire des intérêts que les membres du groupement ont en commun⁶⁷, la personnalité morale a pu être accordée au bénéfice d'individus isolés ou de collectivités, afin de rendre juridiquement autonome une partie de leurs activités⁶⁸ ou de faciliter la gestion collective d'une œuvre⁶⁹. Elle a pu encore servir de réceptacle ou de porte voix juridique à certains intérêts ne pouvant se rapporter à un individu ou à un groupe d'individus déterminable⁷⁰ – il en va par exemple ainsi de l'hypothèse des associations ou des fondations œuvrant à la défense d'intérêts généraux, et rien ne semble interdire, comme en attestent quelques illustrations récentes, qu'elle puisse être directement octroyée à certains objet comme les fleuves, les arbres, voire à

⁶⁴ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 1, *Les personnes*, par R. et J. SAVATIER, LGDJ, 2^e éd., 1952, n°66, p.80 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les personnes*, 3^e éd., t. 1, n°766, A. WEILL, *Droit civil*, 1^{ère} éd., Dalloz, 1968, n°575 ; G. GOUBEAUX, *Les personnes*, LGDJ, 1989, n°8.

⁶⁵ F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 10^{ème} éd., 2015, n°227.

⁶⁶ Ou, autrement dit, de permettre à un groupement « d'accéder à la vie juridique » en tant que tel, v. J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.* 1993, p. 705 et s., spéc. p. 705 ; v. G. WICKER, « Personne morale » in *Répertoire de droit civil Dalloz*.

⁶⁷ V. par exemple G. WICKER, « Personne morale », *art. préc.*, n°37 : « bien que le litige intéresse les membres du groupement, il ne met par hypothèse en cause que ceux de leurs intérêts dont ils ont confié la charge au groupement de telle sorte qu'ils deviennent les siens propres » ; v. aussi plus généralement G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.*, n°107 et s. ; T. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 581 et s. ; P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales*, préf. P. DURAND, Langres, 1950, p. 244 et s.

⁶⁸ V. not. J. PAILLUSSEAU, *art. préc.*, pour qui la raison d'être de la personnalité morale est avant tout de « donner une autonomie juridique » à l'activité entreprise par un groupement ou un individu ; N. BARUCHEL *La personnalité morale en droit privé*, th. LGDJ, 2004, préf. B. PETIT, spéc. p. 213 ; en ce sens également, G. RIPERT, P. DURAND et R. ROBLOT, *Droit commercial*, t. 2, 7^{ème} éd., n° 2647, p. 324 ; G. LAGARDE, « Propos de commercialiste sur la personnalité morale. Réalité ou réalisme ? », in *Mél. A. Jauffret*, Univ. Aix-Marseille, 1974, p. 429 et s.

⁶⁹ V. COULOMBEL, *op. cit.* p. 22 et s.

⁷⁰ *Idem*.

l'environnement⁷¹. La personnalité morale serait ainsi, selon la doctrine moderne la plus répandue, un moyen de rendre destinataire de droits une activité⁷² ou un intérêt⁷³ en leur réservant un traitement juridique autonome des individus qui les portent ou œuvrent à leur réalisation⁷⁴. Par ce biais, la poursuite de l'œuvre considérée acquiert une stabilité et une permanence, devenant étanche aux évolutions affectant l'identité ou la condition des individus qui en ont la charge⁷⁵.

Le champ d'attribution de la personnalité juridique ne semble à vrai dire n'avoir pour limite que l'inventivité des juristes, certains auteurs proposant – de manière très convaincante – d'en doter les morts, les animaux ou encore même les droits⁷⁶.

Que l'esprit aguerris du juriste s'accommode d'une telle présentation peut s'expliquer de deux manières : celui-ci connaît la ficelle du tour qu'on lui joue ou il ne le perçoit pas ; mais, pour « l'homme de la rue, ce citoyen banal que nous sommes tous peu ou prou »⁷⁷, se dresse « en la matière un obstacle de taille : le sens commun et, peut-être, le bon sens »⁷⁸.

§2. Le paradoxe de sa définition

36. La nécessité d'une aptitude à la jouissance ou à la liberté du destinataire du droit – Une telle présentation de la personnalité morale, entendue comme un point de

⁷¹ Rappr. not. à propos de l'attribution par la Nouvelle-Zélande de la personnalité juridique à un fleuve C. LARRÈRE, préface à C. STONE, *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ?* 1972, éd. Le passager clandestin, 2017.

⁷² V. not. J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.* 1993, p. 705 et s.

⁷³ V. not. N. MATHEY, *Recherches sur la personnalité morale en droit privé*, th. Paris II, 2001, spéc. p. 67 et s., l'intérêt étant pour cet auteur « l'activité finalisée ou encore la poursuite d'un but par des moyens déterminés. » (*op. cit.*, p. 71).

⁷⁴ V. pour une présentation exhaustive du phénomène et de ses utilités en droit contemporain, J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, LGDJ, 2009 ; N. BARUCHEL *La personnalité morale en droit privé*, th. LGDJ, 2004, préf. B. PETIT ; P. COULOMBEL, *op. cit.* ; N. MATHEY, *op. cit.* ; J. P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, LGDJ 1977.

⁷⁵ Rappr. M. PROUST, *Du côté de chez Swann*, 1917, Folio classique 1988, p. 145 : « La fille de cuisine était une personne morale, une institution permanente à qui des attributions invariables assuraient une sorte de continuité et d'identité, à travers la succession des formes passagères en lesquelles elle s'incarnait : car nous n'eûmes jamais la même deux ans de suite ». v. Plus généralement, J.-P. GRIDEL, « La personne morale en droit français », *RIDC*, 1990, pp. 495-512, spéc. p. 505 et s.

⁷⁶ V. R. DEMOGUES, « La notion de sujet de droit », *RTD civ.* 1909 p. 614 s.

⁷⁷ A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 803 et s., spéc. p. 803, §1, à propos de la conception selon laquelle les dettes figureraient dans l'assiette du patrimoine.

⁷⁸ *Idem.*

rattachement abstrait – ou du moins autre qu'humain – de droits et d'obligations heurte immédiatement le sens commun et apparaît, au premier abord tout au moins, comme une « chimère inconciliable avec l'idée fondamentale du principe du droit »⁷⁹.

En premier lieu pour la raison que, dans un sens commun ou « *para-juridique* »⁸⁰, la notion de *droit* paraît intimement liée à l'idée d'avantage ou de bénéfice⁸¹. Elle semble de ce fait ne pouvoir se comprendre qu'appliquée aux êtres humains ou, du moins, aux êtres dotés de capacités sensorielles et aptes à ressentir et à jouir de l'avantage que porterait le droit envisagé. Considérant en ce sens que « le but du droit est la satisfaction, le plaisir »⁸², il est possible de conclure à la suite de Jhering⁸³ que « tout être vivant qui a des facultés émotionnelles, et lui seul, est apte à être sujet de droit »⁸⁴.

37. Abordée sous un angle différent, l'idée de *droit* comporte aussi certainement une composante liée à la liberté d'action⁸⁵, et il paraît en ce sens difficile d'admettre spontanément qu'est un *droit* ce qui doit être reçu ou fait de manière obligatoire; le droit serait en ce sens une « faculté d'agir »⁸⁶. Corrélativement, il paraît difficile de concevoir le droit là où cette « faculté d'agir » ne peut irrémédiablement se réaliser; il y aurait là un

⁷⁹ R. Von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, A. Marescq, 3^{ème} éd. trad. MEULENAERE, § 70, t. IV, p. 341 qui précise : « la personne juridique comme telle est incapable de jouir; elle n'a ni intérêts ni but. Elle ne peut donc avoir des droits, car les droits ne sont possibles que là où ils atteignent leur destination, c'est-à-dire là où ils peuvent être utiles à leur ayant droit. Un droit qui ne peut jamais atteindre ce but dans la personne de l'ayant droit est une *chimère inconciliable avec l'idée fondamentale du principe du droit*. Pareille anomalie ne peut exister qu'en apparence » (l'auteur souligne).

⁸⁰ Cette expression est empruntée à G. RIPÉRT (*Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 1955, n°171).

⁸¹ Il ne serait pas dit, pour prendre volontairement un exemple dans le discours commun et « *para-juridique* », qu'un enfant ou un animal a « droit » à une punition, ou plus généralement à quelque chose supposé douloureux pour lui. Aussi, si le mot *droit* est surtout défini grâce à l'idée de prérogative, cette dernière se comprend avant tout comme un « privilège », un « avantage »; v. *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd., 1992- ..., entrée « droit » (4, II, 1&2) et « prérogative ».

⁸² R. DEMOGUES, *art. cit.* p. 620

⁸³ R. Von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, A. Marescq, 3^{ème} éd. trad. MEULENAERE, § 70, t. IV, p. 341, cité plus haut note 79.

⁸⁴ R. DEMOGUES, *art. cit.* p. 620 présentant la conception de R. VON JHERING; en ce sens aussi BEKKER, cité par R. DEMOGUES, *Les notions fondamentales, op. cit.*, p. 328. V. aussi, F. GENY, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif, essai critique*, t. I, LGDJ, 1919, p. 135, §65 : « Tous les droits privés, si variés qu'en soit le contenu, se ramènent à des avantages, qui, définitivement, profitent aux personnes, je veux dire aux êtres humains, envisagés dans leur fonction sociale ».

⁸⁵ V. par exemple *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd., 1992- ..., entrée « droit », 4, II, 1&2; *Le Petit Robert*, entrée « droit », n°1. Ne serait pas, en ce sens, un droit, ce qu'un sujet est tenu de faire, est un droit ce qu'il a la possibilité de faire, ce qu'il est autorisé à faire, ce qui lui est permis.

⁸⁶ A. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles, histoire, jurisprudence, vues critiques, droit français et étranger*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1895, p. 429.

artifice tenant à un abus de langage : si « le droit est une faculté d'agir »⁸⁷, il semble convaincant de conclure qu'il « commande nécessairement un sujet qui a cette faculté »⁸⁸. Prétendre en effet doter de cette faculté d'agir une entité abstraite comme la société X, la fondation Y ou encore « l'environnement », en entendant par là que ces entités prétendument bénéficiaires sont bel et bien distinctes des membres humains qui les composent ou qui les font agir, paraît de ce fait heurter profondément le sens commun tant cette « faculté » serait vaine et artificielle. De fait, prétendre que l'ordre juridique confère, ou non, cette liberté d'agir à de telles entités est indifférent et dépourvu de toute effectivité puisqu'en toute hypothèse, une telle faculté ne pourra jamais être mise en œuvre. Dans de telles circonstances, l'impossibilité catégorique du prétendu *droit* à réaliser son but, paraît en emporter sa disqualification⁸⁹.

Le maniement coutumier du concept de personnalité morale a certainement engendré dans l'esprit de celui qui s'y est livré une sorte de résistance à l'incongruité de sa définition, mais qui saurait de bonne foi prétendre se figurer ce à quoi renvoi l'octroi d'un droit à la libre circulation au bénéfice d'un arbre⁹⁰ ? Il en va a fortiori autant de son octroi à une construction de l'esprit telle que la fondation X ou la société Y si celles-ci doivent s'entendre indépendamment de leurs membres.

38. La nécessité d'une capacité comportementale du destinataire de l'obligation

– C'est un semblable constat qu'appelle le prolongement de l'observation au versant « passif » de la présentation classique de la personnalité morale, évoquée plus haut, selon laquelle un « sujet autre qu'humain » pourrait être tenu d'une obligation.

Il ne paraît pas trop audacieux de postuler en effet que l'objet d'une obligation réside nécessairement dans l'adoption d'un certain comportement⁹¹ – en témoigne d'ailleurs

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ Rapp. R. Von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, A. Marescq, 3^{ème} éd. trad. MEULENAERE, 1878, t. 3, p. 15-16, §43 « le droit existe pour se réaliser. La réalisation est la vie et la vérité du droit; elle est le droit lui-même. Ce qui ne passe point dans la réalité, ce qui n'existe que dans les lois et sur le papier, n'est qu'un fantôme de droit, ce ne sont que des mots. Au contraire, ce qui se réalise comme droit, est droit, même lorsqu'on ne le retrouve pas dans les lois, et que la science et le peuple n'en ont pas encore acquis la conscience ».

⁹⁰ Rapp. C. STONE, *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ?* 1972, éd. Le passager clandestin, préf. C. LARRÈRE, 2017.

⁹¹ Du moins d'une certaine « prestation » selon la présentation classique, (v. F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les obligations*, Précis Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, §2, p.1), terme qui se définit en tant qu' « action de fournir un travail, un service ou des biens » (*Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd., 1992-..., entrée *prestation*, 2) ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^{ème} éd., t. I, LGDJ, 1905, 378 : « l'obligation est un rapport juridique entre deux personnes, en vertu duquel l'une d'elles (...) a le droit d'exiger un certain fait de l'autre ».

la dénonciation, pour cette raison, par une large part de la doctrine de l'emploi de ce terme concernant ce qui est parfois nommé « obligation de donner »⁹². Dès lors, la notion d'obligation paraît dans son sens premier présupposer nécessairement l'existence d'une aptitude comportementale de la part de son destinataire. C'est ainsi que, pour Kelsen, parce que l'obligation s'entend d'une conduite rendue obligatoire par la promesse d'une sanction en cas de réalisation du comportement contraire⁹³, « un individu n'est capable d'obligations que s'il est capable d'actions »⁹⁴, en d'autres termes, « seul est sujet d'une obligation juridique, l'individu qui peut par sa conduite exécuter cette obligation ou la violer »⁹⁵.

La prise en compte de cette donnée devrait ainsi conduire à exclure du champ des destinataires de l'obligation les abstractions que peuvent constituer ces points d'imputations métaphysiques que sont les personnes morales et qui, par définition, sont inaptes par elles mêmes, soit indépendamment des individus qui agissent pour leur compte, à la réalisation d'un quelconque comportement.

39. La nécessité d'une aptitude cognitive et sensible des destinataires d'obligations et de normes – Il serait parfaitement concevable de poursuivre ces brèves réflexions plus avant en passant en revue d'autres éléments qui paraissent essentiels à la notion d'obligation et que l'on retrouve plus généralement dans celle de norme : outre l'assujettissement de la personne morale à des obligations, le discours juridique traditionnel présente en effet les personnes morales comme étant soumises aux règles de Droit, aux normes juridiques en général. Pourtant, les éléments les plus essentiels des

⁹² V. par exemple M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85 s. ; ou encore J. GHESTIN, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, chron. 1 et s., spéc. n°13. Pour beaucoup, la terminologie ne se justifie qu'autant qu'elle permet de viser l'obligation à un certain comportement, comme celui emportant le transfert de propriété lorsqu'il n'est pas d'effet légal ou la prestation qui est l'accessoire de ce transfert : v. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les obligations, op. cit.*, n°6, p. 7 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 5^{ème} éd. PUF, 2019, n°80 ; Adde P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat » *RTD Civ.* 1999 p. 771 et s. ; S. VINCENTE, *L'activité en tant que bien : réflexions sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner*, th. Grenoble, 1999. *Contra*, J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et plus particulièrement de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Études offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XXI e siècle*, LGDJ, 2001, p. 425 et s.

⁹³ V. par exemple *Théorie pure... op. cit.*, p. 173 : « la proposition qu'un individu est obligé à une certaine conduite signifie qu'en cas de conduite contraire, une sanction doit intervenir; l'obligation de ce sujet est la norme qui prescrit la première conduite en attachant une sanction à la conduite contraire. »

⁹⁴ *Théorie pure,...* op cit., p. 211

⁹⁵ *Ibid.*, p. 212

notions de règles, normes et obligations paraissent réserver leur intelligibilité aux seules hypothèses où elles sont dirigées à l'endroit, grossièrement⁹⁶, d'êtres humains.

Il pourrait en ce sens être évoqué, en un mot, le fait que la norme tout comme l'obligation, sont généralement présentées comme disposant pour moyen d'effectivité premier, si ce n'est comme caractère nécessaire à leur existence, de la « menace de contrainte »⁹⁷, notion qui ne peut se concevoir qu'à la condition d'être, d'une part, adressée à un sujet doué de conscience puisque la menace suppose de la part de son destinataire une capacité cognitive minimale car elle repose sur une anticipation intellectuelle du mal à venir. Le destinataire de la norme comme de l'obligation semble devoir être doté, d'autre part, de capacités sensorielles ou émotionnelles afin de ressentir le mal inhérent à la contrainte aptes à donner à l'effet promis sa coloration « douloureuse » subjective⁹⁸.

Sans ces deux aptitudes réunies en la personne du destinataire, la menace de contrainte paraît vaine ; nul besoin de gloser davantage sur la vanité de la menace de contrainte assortissant un ordre si son destinataire est inapte d'une part à comprendre la menace qu'il encourt, d'autre part à souffrir de l'effet auquel il s'expose. Il paraît raisonnable de refuser à l'ordre que cette vaine menace accompagne, la qualification de norme juridique, parce que dépourvu « de toute possibilité d'efficacité causale »⁹⁹. Encore, on pourrait faire valoir que cette exigence d'aptitude cognitive minimale chez le destinataire de la norme tient à une autre raison ayant trait ici non plus à l'objet de la norme (un comportement de son destinataire) ou à ses moyens de réalisation (une menace de contrainte) mais à sa structure même : la norme – comme l'obligation – ayant par hypothèse pour fonction d'ordonner un comportement, est avant tout un

⁹⁶ V. *infra* n° 40 et note 103.

⁹⁷ V. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 3^{ème} éd. 2015, n°21 et s. p. 28 et s. ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, n°33 et s. p. 45 et s. ; plus nuancé, R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, n°110 et s., p. 135 ets. et n°250 et s., p. 330 et s.

⁹⁸ V. L. FRANCOIS, *Le cap des tempêtes, essai de microscopie du droit*, 1^{ère} éd., LGDJ, 2001, n°21 et s.

⁹⁹C'est en effet à cette conclusion qu'aboutit par exemple Kelsen lorsqu'il analyse la norme dépourvue « de toute possibilité d'efficacité causale » : « en raison de ce défaut de toute possibilité d'efficacité causale (...), une semblable 'norme' serait parfaitement dépourvue de signification » (H. KELSEN, *op.cit.*, p.102).

message¹⁰⁰ : un ordre, un commandement, ce qui paraît limiter le champ de ses destinataire aux êtres aptes à le déchiffrer¹⁰¹.

40. La nécessité d'adresser les droits, obligations et les normes aux seuls êtres humains – Pour toutes ces raisons, s'il est matériellement concevable de donner des ordres à un caillou ou de notifier à une rivière le commandement de cesser de couler sous la menace d'un mal, ou d'octroyer au contraire à cette rivière le droit de couler en sens inverse, la vanité de ces prétendus commandements, obligations et droits, paraît devoir emporter leur disqualification¹⁰². La qualité de destinataire d'une norme, d'une obligation ou d'un droit semble ainsi au premier abord devoir être réservée schématiquement aux seuls êtres humains et, plus rigoureusement, aux êtres dotés d'une certaine capacité cognitive et sensorielle, aptes à un comportement et dotés de volonté¹⁰³.

Aussi, sans qu'il ne paraisse nécessaire de beaucoup développer, il semble bel et bien qu'au premier abord tout au moins, la notion de personnalité morale soit porteuse d'un grave paradoxe dans son principe en ce qu'elle reposerait sur l'idée d'attribution de droits et d'obligations, à une entité abstraite et non humaine, à l'assujettissement de celle-ci à certaines normes, tandis que l'intelligibilité de ces notions semble conditionnée à leur application à des destinataires humains.

¹⁰⁰ V. par exemple P. AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, Essai de phénoménologie juridique, LGDJ, 1964, p. 70.

¹⁰¹ En ce sens par exemple, H. KELSEN, *op. cit.*, p. 104 : « les ordres moraux et les ordres juridiques ne commandent que le comportement humain ; et s'ils commandent seulement le comportement humain, c'est parce que l'on admet que c'est seulement chez l'homme que la représentation de leurs normes a pour effet des actes de volonté qui provoquent à leur tour la conduite prescrite. », ou encore p. 22 : « Ce que règlent les normes d'un ordre, ce sont toujours des comportements humains ; seul le comportement humain peut être réglé par des normes ».

¹⁰² V. H. KELSEN, *op. cit.*, p.102.

¹⁰³ Il serait en effet probablement plus rigoureux d'élargir le champ des destinataires potentiels de normes aux êtres dotés d'une certaine capacité cognitive et sensorielle, aptes à un comportement et dotés de volonté. Aussi, il est sûrement plus juste de conclure avec D. TSARAPATSANIS, *Le sujet de droit dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen : éclaircissements conceptuels*, (article publié sur internet à l'adresse :

https://www.academia.edu/2190790/Le_sujet_de_droit_dans_la_theorie_pure_du_droit_de_Hans_Kelsen_spe_c_p_6), que l'assimilation de l'être humain au destinataire de normes est approximative – du moins dans la conception kelsenienne de la norme – et que le destinataire de la norme peut être, et ne peut qu'être, tout agent rationnel doué d'une aptitude cognitive et comportementale, ce qui pourrait par exemple conduire à englober dans le champ de la catégorie de destinataires potentiels de normes certains animaux et à exclure de ce champ les êtres humains dépourvus de ces facultés. Les présents propos s'accommoderont toutefois de l'approximation qui consiste à viser les êtres humains plutôt que les agents rationnels, comportementaux et sensibles, car la précision apportée par ce dernier concept ne semble pas avoir de réelle incidence sur la présente démonstration qui se donne avant tout pour objet d'exclure les êtres abstraits que sont les personnes morales du champ des destinataires potentiels de la norme. Ce parti pris étant commandé par un souci de concision, au détriment de la rigueur, il sera possible d'admettre toutefois par convention de langage que la notion d'être humain ici employée par commodité, renvoie en réalité à l'idée d'agent rationnel, apte à un comportement et au ressenti. V. également L. FRANCOIS, *op. cit.* n°21 et s.

Bien entendu, ce paradoxe n'est pas invincible. Il semble toutefois utile de l'avoir relevé car c'est par le biais de sa résolution que la véritable nature du phénomène d'application du droit à une personne morale peut être révélé.

Sous-section 2 - Réconciliation des termes du paradoxe apparent

41. Le paradoxe mis en lumière ici de l'application du droit à la personne morale se résout simplement par le biais de la compréhension d'une dualité d'acceptions des notions de droits et d'obligations. Ce caractère amphibologique est très certainement source de confusion dans l'analyse du phénomène de la personnalité morale et plus généralement dans l'analyse des solutions juridiques faisant intervenir ce concept.

Les notions de droits et d'obligations peuvent en effet recevoir deux sens différents. Un sens technique d'une part, entendues comme outils de la construction juridique représentatifs d'un certain régime juridique ou de données œuvrant à l'expression de régimes juridiques – par convention, sera réservée ici à cette acception la dénomination de droits subjectifs. D'autre part, un sens *philosophique* ou *commun* par lequel le droit se définit par l'avantage ou la liberté dont jouit effectivement son titulaire, « l'obligation », par le comportement auquel son destinataire est astreint. Or si jusqu'à ce stade du raisonnement, il est apparu que l'énoncé présentant l'être abstrait qu'est la personne morale comme destinataire de droits et d'obligations, était porteur d'un paradoxe, c'est parce que ces notions ont jusqu'ici été entendues dans un sens *commun* ou *philosophique*.

Mais les obstacles qui se dressent à la compréhension de cet énoncé peuvent être facilement dépassés si ces notions sont désormais entendues non plus dans ce sens courant mais dans le sens spécifique que leur confère le corpus lexical de la technique juridique, en tant que concepts visant à exprimer une certaine réglementation (§1). Ces termes ainsi entendus, l'énoncé d'une attribution de droits à une personne morale, ne se comprend plus comme l'attribution à un être abstrait de libertés ou d'avantages, mais plutôt simplement comme l'utilisation de concepts, chargés de

données normatives, dans le cadre d'une certaine construction technique visant à l'expression d'une réglementation destinée aux individus (§2).

§1. Dualité d'acceptions de la notion de droit et d'obligation – le droit subjectif concept de la science du droit porteur de données juridiques

42. Principe d'une dualité de concepts rangés sous le même terme de droit¹⁰⁴ –

La science juridique ayant pour fonctions principales d'ordonner et de synthétiser la réglementation – soit les normes juridiques –, son objet est plus restreint que celui de la science philosophique ou du langage commun dont le champ de compétence ne se limite pas à un domaine particulier¹⁰⁵.

Pour autant, il est possible, et de fait courant, que la science du droit s'inspire ou emprunte des concepts du langage commun ou philosophique en les altérant afin de leur donner un sens juridique spécifique mieux adapté à l'expression de la réglementation que cette science a pour objet de réaliser. Il en résulte qu'un même terme renverra alors à plusieurs concepts distincts, par hypothèse l'un proprement juridique, le second relevant du langage *commun* ou *philosophique*.

Ce phénomène trouve de nombreuses occurrences de réalisations; il en va par exemple ainsi du concept juridique de contrat, lequel peut conduire à embrasser une hypothèse où aucun accord de volonté ne s'est réalisé¹⁰⁶, au rebours de ce qu'exigerait pourtant le concept *commun* ou *philosophique* de ce même terme. N'ayant pas pour fonction d'organiser les mêmes données, le concept juridique – servant uniquement à systématiser les données juridiques, les normes positives – et le concept commun peuvent ainsi avoir un contenu distinct en dépit de l'identité

¹⁰⁴ Pour la commodité de l'exposé, ne sera ici analysé que la notion de droit, mais les remarques que celle-ci appelle semblent tout autant valoir pour la notion d'obligation.

¹⁰⁵ On peut ainsi penser que par nature, le langage commun est celui dont le champ de compétence est « général et universel » (*Dictionnaire de l'Académie française, op. cit.*, entrée « commun », 5^o ; comp. N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, th. Paris II, 2014, §47, p. 74 et §80, p. 50).

¹⁰⁶ Ainsi par exemple en matière de convention d'assistance bénévole, v. F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les obligations, op. cit.*, n°1026, p. 1098 ; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1969, *JCP* 1970. II. 16445, note J.-L. AUBERT ; R. BOUT, « La convention dite d'assistance », in *Mélanges Kayser*, 1979, t. I, p. 157 et s.

terminologique qui les unit ; le fait que ces deux concepts distincts soient désignés par un mot identique étant évidemment par ailleurs source de confusion.

43. Signification des différents sens du terme *droit* – C'est un tel phénomène qui affecte le terme *droit*. Si cette notion renvoie à l'idée d'une certaine liberté ou d'un certain avantage dans un sens *commun* ou *philosophique*, le concept juridique de *droit* – n'ayant par nature pour fonction que d'œuvrer à l'organisation, à la synthèse d'une certaine réglementation – ne tend, quant à lui, qu'à exprimer la réglementation, les normes, qui permettent de réaliser cet avantage ou cette liberté. Pour de nombreux auteurs, le droit subjectif ne serait ainsi pas l'intérêt juridiquement protégé par les normes juridiques (l'avantage ou la faculté comportementale), mais simplement « la protection que représentent ces normes juridiques »¹⁰⁷ : le droit subjectif serait selon cette approche, un concept exprimant – ou concourant à exprimer – une certaine réglementation composée de normes visant les actions et les abstentions humaines¹⁰⁸ et plus précisément la réglementation qui tend à réaliser le droit au sens philosophique dont le droit subjectif considéré emprunte le nom. En d'autres termes, le concept de droit subjectif serait la conceptualisation des moyens juridiques forgés dans le but de réaliser le droit au sens philosophique.

Ainsi par exemple, si le droit de propriété peut se comprendre d'un point de vue *commun* ou *philosophique* grâce à l'idée d'une certaine liberté matérielle pour un individu de jouir d'une chose, d'une certaine maîtrise sur une chose, le concept de la science juridique de *droit subjectif de propriété* s'entendra quant à lui de la conceptualisation des normes qui tendent initialement à l'octroi et à la garantie d'une

¹⁰⁷ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 223.

¹⁰⁸ En ce sens, v. par exemple V. H. COING, « Signification de la notion de droit subjectif », *Archives de philosophie du droit*, t. 9, « *Le droit subjectif en question* », 1964 p. 1 s., spéc. p. 10, KELSEN, *op. cit.* p. 173 : « Il nous faut considérer à ce propos l'énoncé qu'un individu est sujet d'un devoir juridique, ou doit accomplir un devoir juridique revient à dire qu'une certaine contrainte dudit individu est le contenu d'un devoir à propos duquel il est statué par une règle juridique, c'est-à-dire que la conduite contraire est constituée en condition provoquant une sanction ; énoncer donc qu'un individu est sujet d'un pouvoir juridique (...) revient à dire que, conformément à la règle juridique, certains actes de cet individu engendrent ou appliquent des normes juridiques, ou de certains actes de cet individu participent à l'application des normes juridiques : ce ne sont plus les individus en tant que tels – et il faut insister là dessus - mais leurs actions ou leurs omissions, définies par des normes juridiques et qui en constituent le contenu, qui entrent en ligne de compte » ; v. encore H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique de droit privé*, Dalloz, 1948 : selon qui le droit subjectif ne serait « qu'un "artifice de l'esprit", un vocable commode destiné à traduire sous une forme saisissante l'agencement juridique des relations humaines. La notion de droit subjectif, autrement dit, n'a rien de matériellement, de rationnellement, de juridiquement inéluctable ; ce n'est qu'une construction technique dont l'intérêt réside dans les facilités de maniement qu'elle apporte à

telle liberté, d'un tel pouvoir¹⁰⁹. Ainsi, alors que le sens *philosophique* ou *commun* viserait le pouvoir comportemental de l'homme sur la chose, le droit subjectif – concept de la science du droit chargé de données purement juridiques – traduirait quant à lui les moyens mis en œuvre par l'ordre juridique afin de réaliser et de garantir, par le biais de normes comportementales, ce pouvoir de l'homme sur la chose ; il serait ainsi la traduction de l'ensemble des normes qui permettent de réaliser ce pouvoir¹¹⁰. En ce sens, le droit subjectif serait le concept de technique juridique œuvrant à la réalisation du droit au sens *philosophique*¹¹¹. Il serait la systématisation des moyens juridiques mis en œuvre afin de garantir la réalisation du droit au sens *commun* ou *philosophique* : la liberté d'action ou l'avantage considéré. Ainsi compris, le droit subjectif de propriété pourrait être reconnu dans une hypothèse où le droit au sens *commun* ou *philosophique* ne pourrait matériellement pas exister – ainsi lorsque le droit de propriété serait reconnu à un individu dans le coma ou à une personne morale – : les normes tendant à la réalisation de cette liberté ne sont pas assimilables à cette liberté, les moyens ne sont pas assimilables à la fin ; ce n'est pas parce que cette liberté ne peut pas matériellement se réaliser qu'il est exclu que les normes initialement construites pour réaliser ladite liberté puissent recevoir application. On peut simplement déduire de l'utilisation hétérodoxe de ce matériau juridique, que celui-ci n'atteindra pas son but initial, et que, probablement, ses utilisateurs ne le poursuivaient pas.

44. L'utilisation possible du droit subjectif en tant que matériau d'une construction juridique plus vaste – Si ce moyen technique est originellement forgé pour

la matière juridique » (§24) ; v. aussi B. OPPETIT, *op. cit* ; et *contra* notamment, R. Von JHERING, v. *L'esprit du droit romain... op. cit.*

¹⁰⁹ Rapp. R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p. 319 : « Le droit subjectif retourne cette présentation comme un gant, pour considérer la norme non telle qu'elle s'énonce, mais selon l'effet qu'elle produit pour le destinataire – ce qui postule d'ailleurs qu'il ne saurait y avoir de droits sans bénéficiaires. Aux yeux de ce dernier, la norme s'apparente soudain à une prérogative qui lui est accordée par une règle incontestable, en vertu de laquelle il jouit d'un avantage. Dans sa simplicité, le droit subjectif n'est rien d'autre que *l'effet de la norme*, tel qu'il se réalise dans le patrimoine de son destinataire ».

¹¹⁰ Et c'est ainsi que certains êtres, certaines entités, pourront être considérées comme titulaire du droit subjectif de propriété alors qu'ils sont pourtant incapables de « jouir de la manière la plus absolue » de la chose – ainsi de l'individu dans le coma, ou de la personne morale.

réaliser le droit philosophique dont il emprunte le nom, rien n'empêche la science du droit de se servir de cet outil – une fois celui-ci façonné – à d'autres fins : de l'intégrer dans la construction d'un énoncé technique en vue de l'expression d'une nouvelle réglementation aux finalités distinctes. Il ne s'agit que de cela lorsqu'un droit subjectif est attribué à une personne morale : les normes portées par le concept du droit subjectif considéré ne serviront plus, comme initialement, à garantir à son destinataire une liberté, mais œuvreront à un but différent qui peut en principe se déduire du résultat auquel la construction dans son ensemble conduit.

§2. Résolution du paradoxe : le phénomène d'une combinaison de concepts

45. Possibilité de comprendre l'attribution à la personne morale d'un droit, entendu comme concept systématisant un ensemble de normes – S'il est admis que le droit subjectif n'est que le concept systématisant un ensemble de normes¹¹² tendant à la réalisation du droit individuel au sens *philosophique* dont il emprunte le nom, mais qu'il n'est pas ce droit au sens *philosophique* lui-même – qu'il est en d'autres termes le moyen de technique juridique de réalisation de l'avantage ou de la liberté –, alors l'idée d'attribution d'un droit subjectif à la personne morale apparaît dépourvue de toute contradiction. Une fois cette notion entendue en ce sens de concept de la science juridique chargé de données de réglementation, l'idée d'attribution d'un droit subjectif à un être abstrait se comprend simplement comme un phénomène de construction juridique tendant à la combinaison des données juridiques portées par le concept de droit subjectif, avec celles portées par un autre concept¹¹³ – ici, celui de personne morale – en vue de l'expression d'un certain régime juridique ; soit en d'autres termes, afin qu'une

¹¹¹ V. notamment R. PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions*, Sirey, 1947, qui définit la technique comme « le procédé de mise en œuvre destiné à atteindre le but recherché par la volonté en la faisant pénétrer sur le plan juridique » (p. 13).

¹¹² Pour Kelsen, le droit subjectif ne serait ainsi qu'une « notion auxiliaire qui facilite la description des données juridiques » : *op. cit.*, p. 170 ; v. aussi, H. COING, Signification de la notion de droit subjectif in *Archives de Philosophie du Droit*, 1964 p. 1 s., spéc. p. 10 : selon qui le droit subjectif revient à une « systématisation du droit objectif dans un but didactique et cantonné à la science du droit » ; rapp. R. LIBCHABER, *op. cit.* p. 319.

¹¹³ Sur cette qualification, v. *infra* Section 2.

réglementation nouvelle résulte de cette combinaison de concepts porteurs de données normatives¹¹⁴.

En effet, une fois un concept juridique façonné, rien ne semble interdire que cet outil d'expression de données normatives soit utilisé en dehors de son champ d'action initial¹¹⁵ – qu'il soit mis au service de la poursuite d'autres fins que celles que tendaient initialement à réaliser les normes qu'il porte – si besoin par sa combinaison avec d'autres concepts. De la même manière qu'un mot peut servir à l'expression d'une pensée que ne contient pas son sens premier par le biais de sa conjonction avec d'autres mots, le concept juridique, outil de la science du droit, peut œuvrer à l'expression d'une réglementation complexe par le biais de la combinaison à d'autres concepts.

46. Dans l'hypothèse considérée d'attribution d'un droit subjectif à une personne morale, pour les raisons exposées plus haut¹¹⁶, la réalisation des objectifs initiaux du droit subjectif ne peut être atteinte. C'est alors nécessairement à la réalisation d'un autre but que sert son rattachement à la personnalité morale.

L'attribution d'un droit subjectif à la personne morale est un phénomène qui doit être analysé en tant que construction de la technique juridique consistant à utiliser les données portées par le concept du droit subjectif considéré, en infléchissant ses effets au moyen d'une combinaison de ceux-ci avec les données juridiques dont est porteur le second concept en jeu : celui de personne morale. Une telle combinaison permet alors, soit de rendre compte d'une certaine réglementation positive existante, soit de créer une réglementation positive souhaitée, selon que celui qui le manie est un scientifique ou un législateur.

47. Signification de l'attribution d'un droit subjectif à une personne morale – Ainsi entendue cette acception de *droit subjectif*, il devient possible de comprendre

¹¹⁴ V. en ce sens not. B. OPPETIT *op. cit.* p. 439 et s. ; J. HAMEL, « La personnalité morale et ses limites », *D.* 1949, chr., p. 141 ; H. KELSEN *op. cit.*, spéc. p. 224, n°33 et s. ; R. DEMOGUES, *op. cit.*, spéc. p. 352 et s. ; L. FRANCOIS, *op. cit.* spéc. p. 149 et s. ; P. COULOMBEL, *op. cit.* ; G. WICKER, *Les fictions juridiques*, *op. cit.* spéc. p. 197 et s. ; J. P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, LGDJ, 1977 ; M. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*

¹¹⁵ V. R. PERROT, *op. cit.*, not. p. 15 et s. , encore que l'auteur considère que si une technique considérée peut servir d'autres buts que ceux pour lesquels elle fut conçue, un tel phénomène ne va pas toujours sans entraîner quelques effets néfastes, v. p. 27 et s.

l'énoncé qui attribue à la personne morale un *droit* : une telle proposition ne signifie nullement que cet être abstrait serait le titulaire des avantages et libertés que sont originellement censés garantir les normes qu'exprime le droit subjectif, pas plus que la personne morale ne serait le destinataire des normes portées par ce concept, conclusions chimériques¹¹⁷. Il ne s'agit par le biais d'une telle présentation que d'exprimer une certaine réglementation – destinée aux individus si l'on veut bien donner crédit à la plus élémentaire notion du Droit¹¹⁸ – en utilisant pour son expression un concept chargé de données juridiques préexistant – celui d'un droit subjectif – qui sera combiné à un autre concept – celui de personne morale – afin que, de la combinaison de ces deux concepts, puissent se déduire les normes en vigueur dans l'ordre juridique au respect desquelles sont tenus les individus¹¹⁹.

« Le sujet apparent du droit cache le véritable » concluait ainsi Jhering¹²⁰ à propos de la personne morale ; il semble bel et bien en effet qu'« en énonçant qu'une corporation, considérée comme personne juridique, est sujet d'obligations ou de droits, ce [soient] des obligations ou des droits d'individus déterminés que l'on analyse »¹²¹.

48. Dès lors, le phénomène qui consiste à rattacher des droits et obligations à une personne morale ne peut-il être compris qu'à la condition d'entendre ces notions dans un sens strictement technique, en tant que matériaux de la technique juridique.

En dépit de l'incapacité pour les droits subjectifs à réaliser leur objectif initial en la « personne » de leur destinataire, la construction n'en est pas vaine pour autant puisqu'au travers du rattachement de ces outils techniques à la personne morale dans le discours et le raisonnement juridique s'énonce une certaine réglementation,

¹¹⁶ V. *supra*, Sous-Section 1.

¹¹⁷ V. *supra*. Sous-Section 1.

¹¹⁸ « Ensemble de règles de conduite qui, dans une société donnée (...) régissent les rapports entre les hommes » selon F. TERRÉ, *Introduction générale au Droit*, *op. cit.*, n°3 ; « Technique de direction des conduites humaines » pour P. AMSELEK, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, 1989-10, p. 7 et s. Rapp. H. MOTULSKY, *op. cit.* n°6 : « Le Droit (...) a pour objectif la réalisation de l'harmonie sociale, la coordination des activités humaines à l'intérieur d'une organisation donnée ; il ne peut de toute évidence qu'édicter des préceptes de conduite (...) Aussi, l'ordre juridique ne peut se définir que comme un ensemble de normes de conduite sociale, comme un corps de règles, lesquelles, en raison de leur nature, doivent être appelées les règles de Droit

¹¹⁹ Sur le détail et l'analyse de cette combinaison, v. *infra* Section 2.

¹²⁰ L'esprit du droit romain... *op. cit.*, t. IV, § 70, p. 341.

¹²¹ H. KELSEN, *op. cit.*, p.233.

laquelle tendra à affecter, dans leurs libertés comportementales et intérêts, certains individus humains.

Aussi, s'il est techniquement rattaché à cet être de papier un certain nombre de droits subjectifs, c'est afin d'affecter, par les effets de cette construction conceptuelle, certaines catégories d'individus, au premier titres desquels figurent ceux qui agissent au travers de la personne morale, « bénéficiaires réels, sujets sous-jacents (...), ceux pour lesquels la construction est faite »¹²².

¹²² R. SALEILLES, De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques, LGDJ 1910, rééd. La Mémoire du Droit, 2003, p. 362.

Section 2 - La nature de la personne morale dégagée de l'étude de son fonctionnement

49. En 1960 déjà, l'idée selon laquelle la personne morale n'est « ni un être nouveau ni une entité entièrement distincte des personnes qui l'ont constituée » était « une vérité acquise » écrivait Jean Foyer¹²³. De Kelsen à Amselek en passant par Geny, Ihering, Vareilles Sommières, Planiol, Motulsky, Oppetit, Demogue ou encore Saleilles, pour ne mentionner que ceux des auteurs dont les travaux eurent le plus grand écho, la doctrine du XXème siècle s'est efforcée de faire triompher ce qui peut aujourd'hui sembler une évidence : la personnalité morale est une abstraction, une création de la science juridique¹²⁴, « abstraction derrière laquelle il faut atteindre les hommes et leurs actions »¹²⁵. Afin d'achever de se convaincre de cette conclusion, pour pouvoir prendre ensuite la pleine mesure de sa portée (sur laquelle v. *infra* Section 3), il convient d'exposer brièvement quelques clés de compréhension du mécanisme, au travers desquelles la nature de la construction apparaît. Tant au stade du présupposé qu'à celui des effets des normes utilisées pour le traitement des situations dans lesquelles le raisonnement fait intervenir le concept de personne morale, sont appréhendés des actions et des intérêts humains. Les individus agissent à travers la personne morale : ils la font agir en la « représentant », la créent, lui affectent un but, déterminent et bornent son terrain d'action ; ces comportements humains seront donc à l'origine du déclenchement d'effets de droits destinés de prime abord à la personne morale (Sous-Section 1). En retour, ces effets de droits, présentés comme destinés à la personne morale seront, par le biais de leurs répercussions, un moyen d'affecter et de réguler les intérêts et comportements humains (Sous-section 2).

¹²³ « Sens et portée de la personnalité morale en droit français », in *La personnalité morale et ses limites*, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, 1960, p. 117.

¹²⁴ Tout comme l'est, peu le contestent davantage, la personnalité juridique des personnes physiques, v. par exemple, R. MARTIN, « Personne et sujet de droit », *R.T.D. Civ.*, 1981, p. 785 et s.. Mais si la personnalité juridique des individus ne renvoie, elle aussi, à rien de plus qu'un certain concept de la science du droit, elle appelle moins d'analyse et de mise en garde dans la mesure où l'assimilation qui serait faite de l'individu et de la personnalité juridique qui lui est rattachée ne sera que rarement la cause de conséquences fâcheuses.

¹²⁵ P. COULOMBEL, *op. cit.*, p. 30.

Sous-section 1 - Le traitement juridique de la personne morale, conséquence d'agissements humains

50. Sans personnes humaines exerçant les droits et exécutant les obligations de la personne morale, le mécanisme serait paralysé et certainement vain¹²⁶. Les comportements humains servent non seulement la personne morale au stade de l'exercice et de la réalisation des droits et obligations dont elle est titulaire, mais sont également à l'origine de l'attribution de ceux-ci : l'imputation de comportements humains à la personne morale est un élément capital du fonctionnement du phénomène. Sans qu'il soit nécessaire de s'atteler à une description exhaustive du dispositif d'imputation des comportements humains à la personne morale, la simple prise en compte de l'existence de ce dispositif suffit à se convaincre que le mécanisme de la personnalité morale revient à déduire de comportements humains certains effets de droit (§1). Or ces effets de droits sont par hypothèse distincts de ceux qui seraient résultés de l'application des normes applicables en l'absence de personne morale, de sorte que la prise en compte d'une personne morale au sein d'un raisonnement juridique vient contrarier le jeu normal des règles de droit. Ce qui revient déjà à constater que la personne morale est porteuse d'un certain régime juridique dérogoratoire au droit commun (§2).

§1. L'imputation des comportements humains à la personne morale

51. Les comportements humains à l'origine du traitement juridique de la personne morale – Si la personnalité morale est généralement définie, on l'a vu, comme le point de rattachement abstrait de droits et d'obligations, cette présentation laisse dans l'ombre l'un des aspects essentiels du mécanisme : la personnalité morale n'a pas vocation à se résumer à un état statique et latent de titularité ou de « détention » de droits et

¹²⁶Rapp. J.-P. GASTAUD, *op. cit.*, p. 16 : « Rien ne sert, en effet, de dire que tout sujet de droit est titulaire d'un patrimoine s'il demeure à l'état « d'espoir ». Les possibles qu'il renferme doivent s'accomplir. La protection des droits individuels dans l'ordre économique ne se limite donc pas au

d'obligations. Au contraire, les droits dont la personne morale est titulaire ont vocation à être exercés ; ils auront en amont été acquis ; de même, les obligations dont elle est tenue ont été souscrites et devront être exécutées.

Pour qu'un droit ou une obligation puisse être rattaché à un sujet, encore faut-il que se soient réalisés les événements auxquels les normes objectives de l'ordre juridique conditionnent leur attribution ; or dans leur formulation classique, les normes font le plus souvent dépendre ces effets de droit de la réalisation d'un certain comportement par celui à qui ces droits ou obligations seront rattachés. Spontanément, ce constat pourrait facilement s'expliquer par la fonction essentielle du Droit, supposée être la régulation des comportements sociaux. Il est ainsi généralement énoncé que *celui qui promet sera obligé à réaliser la prestation promise*, ou que *celui qui, par sa faute, cause un dommage autrui est tenu d'en réparer les conséquences*. Puisque dans leur formulation usuelle, les normes sont le plus souvent énoncées en attachant à un certain comportement, certains effets de droit affectant l'auteur de celui-ci, il est nécessaire, pour que la personne morale puisse subir un certain « traitement juridique » par application des règles que le juriste a coutume de manier sans en modifier la formulation¹²⁷, que certains comportements soient, pour les besoins du raisonnement juridique, considérés comme étant ceux de la personne morale. Les règles usuelles pourront alors être appliquées à cette entité « comme s'il s'agissait d'un individu » et le traitement juridique qu'elle subira sera fonction des actions qui lui auront été imputées¹²⁸.

seul aspect négatif de leur défense, *stricto sensu*, qui postule déjà leur « titularité » mais appelle encore des modalités d'accès, de réalisation et d'efficacité de droits subjectifs ».

¹²⁷ Rappr. P. DURAND, « L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé », in *Études offertes à Georges Ripert*, LDGJ, tome I, p. 139 et s., où l'auteur affirme que la théorie de la réalité « facilite au juriste la construction de la personnalité morale, en lui permettant d'étendre par simple transposition, les règles, depuis longtemps familières, applicables aux personnes physiques » (p. 140, n°2) ; si la théorie de la réalité « facilite » cette construction, il reste que ce mécanisme de transposition des règles applicables aux individus à cette entité abstraite semble relever de la nature même du mécanisme de la personnalité morale.

¹²⁸ C'est d'ailleurs cette possibilité d'utilisation des règles dans leur formulation usuelle pour appréhender une collectivité d'individus qui fit très probablement le succès de la notion. Rappr. M. PLANIOL, *Droit civil*, t.1, 7^{ème} éd., LGDJ, 1918, n°3045, p. 960 : « Du moment où un groupe quelconque, possesseur d'un patrimoine collectif, est représenté par une personne fictive, il n'y a qu'à régir le patrimoine de cet être abstrait *comme s'il était celui d'une personne réelle*. (...) Tout marche alors de la façon la plus simple : les actes juridiques de toute nature (...) se font au profit des collectivités *sous la même forme que pour les individus, et ils produisent les mêmes effets*. Si bien qu'il n'y a rien de particulier à en dire, et qu'on peut renvoyer, pour tout ce qui concerne la gestion des patrimoines collectifs, aux règles particulières établies pour chaque acte selon sa nature : ces règles valent à la fois (sauf de rares dérogations) pour les individus et pour les collectivités ».

Ainsi, la règle de droit qui prévoit que celui qui formule une promesse sera juridiquement considéré comme obligé avec les conséquences de droit que cette notion implique, pourra servir telle quelle à un traitement juridique de la personne morale à condition de prévoir en amont de l'application de cette règle le jeu d'un mécanisme permettant l'imputation à la personne morale de comportements humains tenant à exprimer une promesse. Alors, par application de ce mécanisme, la formulation d'une promesse par certains individus pourra, une fois celle-ci imputée à la personne morale, permettre de conclure à l'existence d'une obligation à la charge de cette dernière. De même, la dette de responsabilité mise à la charge de la personne morale qui viendrait sanctionner l'inexécution de « sa » promesse sera la conséquence d'une abstention ou d'une action humaine imputée à la personne morale ; tandis qu'au contraire, le paiement de cette obligation dont certaines dispositions normatives tireront des conséquences sera conditionné à la réalisation par un individu, de la prestation attendue.

En somme, à certaines conditions prévues par le jeu de certaines normes organisant le mécanisme d'imputation, la réalisation d'un certain comportement humain sera analysée par le discours juridique comme ayant été celui de la personne morale elle-même, permettant par là l'application à la personne morale des règles de droit dans leur formulation commune et usuelle, en retenant au stade de l'application du présumé des règles, un comportement réputé être celui de la personne morale¹²⁹.

Ce sont toutefois bel et bien des agissements humains qui seront appréhendés au travers de ce que le discours juridique courant décrira comme les agissements de la personne morale.

De ces agissements humains, résulteront donc certaines conséquences de droit¹³⁰ : parce que certains agissements humains auront été imputés à la personne morale, il pourra être considéré dans un second temps que celle-ci a réalisé l'action prévue par le présumé de certaines normes dans leur formulation usuelle, ce dont il résultera le déclenchement à son endroit des effets juridiques que ces normes prévoient, et la

¹²⁹ V. pour une analyse détaillée du phénomène d'imputation d'agissements humains à la personne morale dans cette perspective, v. H. KELSEN, *op. cit.*, p. 234 et s. ; B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 447 et s. ; et pour un exposé des manifestations du mécanisme en droit positif, v. G. WICKER, entrée « Personne morale » in *Répertoire de droit civil Dalloz*, n°76 et s.

¹³⁰ Sur l'analyse desquelles, v. *infra* Sous-Section 2.

personne morale sera en conséquence obligée civilement, propriétaire, ou encore responsable pénalement, etc.

Ainsi, « il se dit et s'écrit couramment que telle personne morale a telle obligation, qu'elle l'a exécutée, ou encore qu'elle l'a méconnue; mais on peut remarquer (...) qu'il est absolument sans exemple que l'exécution ou la violation alléguée advienne sans une intervention manifeste d'une ou de plusieurs personnes physiques (...). Toute "personne morale" est paralysée si aucun individu humain n'intervient pour elle (...) en un mot, la "personne morale" ne comparait jamais *en personne* »¹³¹. Si l'anthropomorphisme inhérent au concept de personne morale fait incontestablement sa force et son utilité – en ce qu'il permet notamment le maniement et l'expression commode des normes dans leur formulation usuelle – le juriste ne peut se laisser duper par cette présentation et l'habitude du discours juridique courant ne doit pas faire oublier que le phénomène juridique en présence, caché sous cette construction, doit bel et bien s'analyser en tant que déclenchement d'effets de droit en réaction à certains comportements humains¹³².

§2. La personne morale, concept porteur d'un régime juridique dérogatoire – amorce d'analyse

52. Traduction du phénomène en tant qu'application d'un régime juridique – À ce stade, ce que révèle l'observation de ce mécanisme d'imputation est que le phénomène d'application du droit à une personne morale n'est que l'application d'un certain régime juridique original à certains individus : la réalisation de certains comportements humains, dans certaines circonstances, déclenchera certains effets de droit originaux. Ainsi, pour reprendre l'exemple précédent, la formulation d'une promesse par un individu sous certaines conditions déclenchera l'établissement à la charge de la personne morale d'une

¹³¹ L. FRANCOIS, *Le cap des tempêtes, essai de microscopie du droit*, 2^{ème} éd. LGDJ, 2012, n°88, p. 152. L'auteur conclut d'ailleurs par ces mots : « Ne serait-ce pas faute d'exister ? ».

¹³² Rapp. R. DEMOGUES, *op. cit.* p. 251 : « c'est ainsi que cette image de personne morale paraît en somme commode pour désigner certaines situations de façon rapide, imagée, pour évoquer certaines règles, certaines solutions pourvu (ce qui n'est pas toujours aisé) que, que derrière cette façade, on sache voir les raisons d'être qui la font accepter, les commodités pratiques que l'on a voulu obtenir en consacrant ces patrimoine placés dans une situation spéciale. Mais les controverses fameuses auxquelles donne lieu, depuis un siècle, cette théorie, montrent à merveille, combien, s'il est délicat déjà de poser les règles de méthode, il peut être dans certains cas difficile de les appliquer de façon satisfaisante, de n'être pas dupe des mots, ni des images ».

obligation, phénomène dont la signification normative sera étudiée plus loin¹³³ mais dont on peut dès à présent admettre qu'il est porteur de certains effets de droits originaux pour les individus, qui se substituent à ceux qui auraient été déclenchés par l'application des règles applicables à défaut de personne morale¹³⁴.

Le maniement usuel du concept de personnalité morale conduit toutefois à masquer cet aspect du phénomène. De fait, le discours juridique courant scinde le plus souvent le raisonnement qui use de la notion de personne morale, en traitant de façon autonome ces deux parties d'un même phénomène que sont d'une part, la question de la réunion des conditions permettant l'imputation d'un comportement humain à la personne morale et d'autre part, le traitement juridique de la personne morale qu'appellent « ses » agissements. L'esprit va ainsi rechercher à savoir dans un premier temps si les conditions d'imputation à la personne morale de l'expression d'une promesse par un individu sont réunies, pour, dans un second temps, faire une application classique du régime du contrat à la personne morale. L'esprit aura par ce biais le sentiment de ne faire qu'une application classique et orthodoxe du régime de la formation du contrat. Mais une telle présentation laisse dans l'ombre le régime juridique original qui s'appréhende en rattachant directement aux agissements individuels les effets de droit qui sont dirigés à l'endroit de la personne morale sans passer par l'étape intellectuelle médiate d'imputation de ces comportements à l'être abstrait¹³⁵. Évidemment, la dissimulation de ce régime qu'entraîne l'emploi des voies traditionnelles de pensée et de représentation ne favorise accessoirement pas son analyse critique ou le questionnement de son bien fondé¹³⁶.

53. Un régime juridique dérogatoire – Or, il est déjà à ce stade possible de préciser que ce qui est désigné par le vocable « personne morale » peut s'analyser non seulement en

¹³³ L'obligation pesant sur la personne morale pouvant être traduite en tant que normes comportementales affectant des individus humains, v. *infra* Sous-Section 2, §2.

¹³⁴ L'individu ayant promis ne verra ainsi pas ses biens répondre de cet engagement par exemple, ce ne sera d'ailleurs bien souvent pas de lui que sera attendue la prestation promise. Inversement, certains individus subiront les répercussions de la réalisation ou de la menace de réalisation du droit de gage général qui pèse sur la personne morale en conséquence de l'obligation qui lui a été rattachée par l'imputation de la promesse formulée par l'individu (v. *infra* Sous-Section 2, §2).

¹³⁵ Rappr. G. PEREC, *La vie mode d'emploi*, Fayard, Préambule : « seules les pièces rassemblées prendront un caractère lisible, prendront un sens : considérée isolément une pièce d'un puzzle ne veut rien dire ; elle est seulement question impossible, défi opaque ».

¹³⁶ Sur l'impact des moyens de représentation sur le jugement, v. notamment P. AMSELEK, *op. cit.* ; F. GENY *Science et Technique en droit privé positif*, t. 1, n°35 et s. p. 102 et s. ; et plus généralement E. HUSSERL, *Méditations cartésiennes*, Vrin, 1992, trad. E. LEVINAS et G. PEIFFER.

un certain régime juridique, mais, qui plus est, en un régime dérogatoire au droit commun¹³⁷. Alors que le droit commun attacherait aux actions réalisées par les individus certaines conséquences données, l'intervention d'une personne morale dans le raisonnement juridique, à laquelle seront imputés ces agissements, conduira à l'édiction d'effets de droit distincts. Ainsi par exemple, si le droit commun¹³⁸ commande que celui qui a promis doit réaliser la prestation sous peine d'en répondre sur les biens dont l'ordre juridique lui reconnaît la propriété, il sera par hypothèse considéré ici, en raison de la réunion des conditions permettant l'imputation du comportement considéré à la personne morale, que celui qui a promis, engage la personne morale. Ce dernier énoncé traduit nécessairement des conséquences de droit¹³⁹ distinctes de celles qui auraient été édictées dans la première hypothèse : l'identité de celui devant réaliser la prestation pourra être différente (par exemple l'individu qui a exprimé la promesse dans un cas ; tel membre de la personne morale dans l'autre cas), l'assiette des biens garantissant l'engagement pourra être différente (le patrimoine de la personne morale et éventuellement celui de certains de ses membres en répondront dans un cas, le seul patrimoine de l'individu promettant dans l'autre cas), etc. Un tel constat appelle déjà en son principe – mais on y reviendra – la question de savoir si la spécificité des intérêts en présence dans les situations soumises à ce traitement dérogatoire peuvent – « dans l'opinion commune contemporaine »¹⁴⁰ – justifier les dérogations en question.

54. Objection – Il pourrait être objecté ici que les deux situations envisagées sont différentes. De ce fait, la seconde hypothèse ne serait pas une dérogation à la première pour la simple raison que la situation régie n'est pas la même. Le contenu de la promesse de l'individu ne serait pas identique dans les deux hypothèse : dans la première, l'individu promet qu'il s'engage tandis que dans la seconde, il promet que la personne morale s'engage. Dès lors, il serait naturel, sans passer par l'idée de dérogation, qu'un traitement

¹³⁷ Sans prétendre faire nécessairement ici une utilisation rigoureuse d'un concept trop fuyant, il suffit pour notre propos d'entendre par là le régime juridique qui aurait été applicable dans une situation identique sinon que l'une des conditions d'imputation à une personne morale ne serait pas remplie, voire plus simplement, si le régime organisant cette imputation et ses effets n'existait pas. V. pour une utilisation semblable de l'expression v. C. ATIAS, « Copropriété immobilière et droit commun », *Dr. et patrimoine*, mai 1997, p. 68 et s. et plus généralement pour une tentative d'appréhension de la notion : N. BALAT, *op cit.* ; A. RIVARD, « La notion du "droit commun" », *La Revue du droit*, vol. 3, n° 6, févr. 1925, p. 257 et s.

¹³⁸ Dont, accessoirement, on pourrait penser compte tenu du caractère indéfini de son champ d'application, qu'il réalise la solution que le législateur estime en principe la plus opportune.

¹³⁹ Sur le procédé d'identification de celles-ci, v. *infra* Sous-Section 2.

¹⁴⁰ H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 172.

juridique différent soit appliqué à deux situations matériellement différentes. En acceptant de s'accommoder de toute la relativité qui entoure la notion de dérogation, ainsi que de la possibilité théorique d'une identité de deux situations que présuppose le raisonnement dont serait issu l'objection, il doit être remarqué que celle-ci aussi séduisante qu'elle paraisse repose sur un sophisme. Notre propos n'est pas à ce stade de questionner la légitimité d'une telle dérogation – auquel cas il pourrait être pertinent de s'interroger sur les similitudes des deux situations dont le traitement juridique serait comparé. Il tend uniquement à la démonstration que ce qui est nommé personnalité morale est un régime juridique dérogatoire. Selon l'objection, tel ne serait pas le cas puisque le régime juridique « personne morale » vient en réalité sanctionner une situation de fait matériellement distincte : l'individu a souhaité engager la personne morale, non lui-même. Il peut être rétorqué que le fait que l'individu entende « engager la personne morale » n'est que la conséquence de l'existence de ce régime, il ne s'agit pas d'une donnée de fait qui préexisterait à celui-ci : l'individu ne songerait pas à engager la personne morale si le législateur n'avait pas organisé et mis en place cette institution. C'est donc prendre l'effet pour la cause que de prétendre que parce que « la situation est différente », il résulte qu'elle appelle un traitement distinct, sans que l'on recourt à l'idée de dérogation : c'est à l'inverse parce que ce régime juridique dérogatoire a été organisé, que l'individu a pu effectivement souhaiter engager la personne morale. C'est parce que le législateur a permis à l'individu « d'engager la personne morale » que celui-ci a, dans l'hypothèse considérée, souhaité engager la personne morale. C'est donc l'ordre juridique qui a, en créant ce régime, permis l'existence de la « situation différente ». De ce fait, ce n'est pas cette situation différente qui appelle un régime distinct, mais bien plutôt ce régime distinct qui rend possible cette diversité de situation. L'ordre juridique a donc, en organisant la possibilité d'une telle situation distincte appelant un régime distinct, organisé une dérogation au traitement juridique de droit commun.

55. Précision : Le traitement juridique de la personne morale, conséquence de la conjonction d'une pluralité de comportements – Bien entendu, la présentation donnée jusqu'ici centrée sur l'appréhension des comportements de celui qui réalise l'acte imputé à la personne morale (dans l'exemple précédent : le comportement de celui qui formule la promesse imputée à la personne morale) est schématique et ne se concentre que sur un aspect infime du phénomène. En réalité, c'est une myriade de comportements humains et

d'événements qui seront pris en compte pour aboutir à l'édition d'un effet de droit tel que l'attribution d'un droit subjectif ou d'une obligation à la personne morale. Ainsi, pour que de la promesse d'un individu découle une obligation rattachée à la personne morale, il aura fallu au préalable que certains individus se soient conduits conformément à ce qu'exige l'ordre juridique afin que soit reconnue l'existence de la personne morale considérée (par exemple : avoir conclu un contrat de société, avoir réalisé les formalités d'immatriculation, etc.), que ces individus aient, par une manifestation de volonté réalisée dans les formes exigées par l'ordre juridique, conféré un pouvoir de représentation à celui qui a formulé la promesse, etc. Partant, il est bien nécessaire de considérer que l'attribution d'un droit subjectif donné à la personne morale est en réalité la conséquence d'une multitude de comportements et que c'est l'ensemble de ceux-ci que cette attribution vient sanctionner. Reste désormais à se pencher sur le sens de ce dernier énoncé en étudiant les conséquences et la signification exacte du phénomène d'attribution d'un droit ou d'une obligation à la personne morale.

Sous-section 2 - La régulation des activités humaines par l'intermédiaire du traitement juridique de la personne morale

56. Répercussion du traitement juridique de la personne morale sur ses membres – Principe – Ainsi que cela a été aperçu, la personne morale ne peut être le bénéficiaire de droits, le destinataire d'obligations, si ces notions sont entendues dans un sens commun. Pourtant, sont bien dirigés à son endroit les concepts de la science du droit porteurs d'une réglementation dont l'objet est de réaliser de tels effets¹⁴¹.

Inapte à les ressentir, la personne morale ne subira pas ces effets à proprement parler mais ceux-ci ne sont pas vains pour autant : en fonction des rapports juridiques que certains individus entretiennent avec la personne morale, le sort de ceux-ci, leurs intérêts, leurs libertés comportementales, pourront être affectés par une attribution de droits et d'obligations à la personne morale. En d'autres termes, par le biais des rapports juridiques que certains individus entretiennent avec la personne morale, ces individus subiront l'écho du traitement juridique de la personne morale en question. Une infinité de réglementations peut ainsi se trouver réalisée par ce phénomène. L'élément central de ce mécanisme réside dans ce qu'il est convenu d'appeler le régime interne de la personne morale : celui qui, pour reprendre le titre d'un ouvrage capital en la matière¹⁴², organise les rapports des personnes morales et de leurs membres¹⁴³. L'ordre juridique peut, par une construction adéquate du régime liant certains individus à la personne morale, appréhender les intérêts et réguler les comportements de ces individus par l'intermédiaire de ce que le discours conceptuel classique présentera comme le traitement juridique de la personne morale. C'est ainsi principalement en organisant le régime interne¹⁴⁴ de la personne morale que l'ordre juridique modèlera la manière dont il entend affecter les individus par le traitement de la personne morale à laquelle ceux-ci sont liés, qu'il aménagera la teneur des répercussions que les individus sont susceptibles de subir. Aux différents types de

¹⁴¹ V. *supra*, Section 1.

¹⁴² B. OPPETIT, *op. cit.*

¹⁴³ Bien entendu, les membres de la personne morale ne seront pas les seuls à être affectés par le traitement juridique de celle-ci : certains individus que l'on a coutume de désigner comme tiers à la personne morale peuvent en effet voir la manière dont leurs intérêts et leurs comportements sont régulés, affectée par un tel traitement juridique.

personnes morales que le droit positif connaît, correspondent autant de régimes internes différents, susceptibles eux-mêmes de déclinaisons, qui offrent autant de modèles de répercussions distincts, en fonction des buts politiques recherchés par le législateur¹⁴⁵. Après avoir donné une description du mécanisme à l'œuvre (§1), il sera possible de s'assurer de son fonctionnement par l'analyse d'une illustration de son application (§2).

§1. Analyse du mécanisme de répercussion des effets imputés à la personne morale sur les membres de celle-ci

57. Afin de faciliter l'exposé de l'analyse du mécanisme à proprement parler (B), celle-ci s'appuiera sur une illustration simple des répercussions de l'attribution d'un droit à la personne morale (A).

A. La répercussion du traitement juridique de la personne morale sur ses membres : illustration

58. Cette donnée essentielle à la compréhension du phénomène tenant à la répercussion des effets subis par la personne morale sur ses membres peut se laisser saisir par un exemple simple : l'hypothèse d'un appauvrissement de la personne morale par la perte de la propriété d'un bien¹⁴⁶. L'édiction d'un tel effet de droit dirigé de prime abord à l'endroit d'une personne morale donnée n'ira pas sans incidence sur ses membres. C'est ainsi que par exemple, l'individu chargé de la représentation de la personne morale perdra le pouvoir d'engager ce bien¹⁴⁷, de disposer de ses utilités¹⁴⁸ ; plus généralement tous ceux

¹⁴⁴ Sont visées ici par la notion de « régime interne de la personne morale », les règles organisant les rapports des membres de la personne morale, considérés en tant que tels, entre eux ou avec la personne morale.

¹⁴⁵ En ce sens, v. J.-P. GASTAUD, *op. cit.*, not. p. 126 et s.

¹⁴⁶ Le raisonnement à l'œuvre pour l'analyse de cette hypothèse peut très facilement être transposé à tout autre sorte de droit subjectif.

¹⁴⁷ Car, comme vu *supra*, Sous-Section 1, ce sont bien des comportements humains qui permettent l'exercice des droits des personnes morales.

¹⁴⁸ Quand bien même le représentant de la personne morale ne jouit pas d'une liberté absolue dans l'utilisation du pouvoir d'engager le bien ou de disposer de ses utilités (parce qu'il est tenu d'agir dans le respect de l'intérêt et de l'objet de la personne morale par exemple), il reste que, aussi encadré soit-il, ce pouvoir existe et s'exerce dans une sphère de liberté restreinte mais nécessairement

qui œuvrent de près ou de loin à la direction de l'activité (dont la détermination variera en fonction du type de personne morale considéré et de ses déclinaisons ; schématiquement pourraient être visés ici les associés, fondateurs, membres d'une association, gérants et dirigeants, etc.) verront l'objet de leur pouvoir de direction diminué par la réduction de l'assiette des biens et des richesses sur lesquels ils peuvent exercer cette direction ; par là, leur liberté comportementale sera atteinte. Plus généralement, la déchéance de la propriété d'un bien de la personne morale entraînera une diminution des moyens de réalisation du but à la poursuite duquel la personne morale considérée est destinée¹⁴⁹ ce qui ne manquera pas d'affecter en principe les intérêts de ceux dont les liens les unissant à la personne morale, témoignent d'un attachement de leur part à la réalisation d'un tel objectif¹⁵⁰. La privation de la propriété du bien subie par la personne morale pourra encore affecter la richesse personnelle et exclusive de chacun de ses membres – notion pouvant aisément encore se traduire en terme de liberté comportementale et d'intérêts humains. Ainsi, dans l'hypothèse d'une société personnifiée, l'associé sera en principe personnellement appauvri du fait de l'appauvrissement de la société (à raison notamment de la perte de valeur de ses titres sociaux, répercussion de l'appauvrissement du patrimoine social, ou à raison de la diminution du montant des bénéfices de la société et par conséquent de celui de ses dividendes, ou encore du fait de la diminution de la valeur de l'assiette des richesses partageables au jour de la dissolution, etc.).

Ainsi, en attribuant ou en retirant la propriété d'un bien à la personne morale, l'ordre juridique pourra indirectement retirer ou octroyer une certaine richesse aux associés ; amoindrir ou accroître le champ des moyens de réalisation d'une œuvre à la poursuite de laquelle les membres de la personne morale s'emploient, etc.

L'attribution d'un droit à la personne morale, son traitement juridique en général affecte ainsi le sort d'individus qui lui sont sous-jacents : il suffit pour cela que la construction juridique réalise – par le biais des liens unissant la personne morale à ses membres – un canal permettant de reproduire, en l'interférant en fonction du résultat

existante, or, la destitution de la propriété du bien entraîne incontestablement pour le représentant, la suppression de ce pouvoir et l'affecte dans sa liberté comportementale.

¹⁴⁹ Sur la théorie de la personnalité morale comme technique d'affectation de biens à un but, v. not. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique... op. cit.* ; R. PERCEROU, *La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation*, th. dactyl. Paris 1951.

¹⁵⁰ Membres d'un syndicat ou d'une association par exemple, dont on peut supposer l'attachement à la réalisation de la personne morale à laquelle ils appartiennent.

souhaité, l'écho du traitement juridique subi par la personne morale à destination de certains individus que la construction souhaite atteindre. Le phénomène de la personnalité morale pourrait schématiquement être représenté en une sorte de prisme réfracteur de droits subjectifs et d'obligations, dont la structure se comprend par la vocation à reproduire un certain écho du régime porté par les droits et obligations qui lui sont attribués, à destination des individus qui lui sont sous-jacents, offrant par ce biais un moyen d'affecter les intérêts de ces derniers, permettant ainsi de réglementer leurs activités¹⁵¹.

Ainsi, en dépit de l'inexistence de concepts forgés par la science juridique pour traduire les liens unissant les différents membres de la personne morale aux biens présentés comme propriété de la personne morale¹⁵², il reste que l'analyse du régime interne de ces personnes morales fait apparaître l'existence de ces liens juridiques innomés, de ces pouvoirs et prérogatives au profit de ces membres¹⁵³.

De l'existence de ces liens, prérogatives et pouvoirs, se déduit que l'attribution ou la destitution de la propriété d'un bien à la personne morale – l'enseignement que sert cet exemple du droit de propriété est évidemment généralisable à tout droit subjectif attribué à la personne morale – est susceptible d'affecter ses membres dans leurs

¹⁵¹ S'il est souscrit à ce postulat selon lequel que le Droit réalise sa mission de direction des conduites humaines en érigeant un comportement non souhaité comme condition de réalisation d'une sanction, ou en incitant à certains comportements en attachant une récompense à ceux qui sont souhaités (v. p. exemple H. KELSEN, *op cit.* p. 149 : « la fonction de l'ordre juridique consiste à attacher à certaines conditions déterminées par lui la conséquence d'un acte de contrainte » ; et p. 37 : « d'un point de vue psycho-sociologique, il apparaît que récompense ou peine sont statuées pour que le désir de l'une ou la crainte de l'autre déterminent de a part des sujets la conduite socialement souhaitée. »), c'est par le biais des moyens dont l'ordre juridique se dote pour causer une peine, qu'il pourra réaliser cette direction des conduites. En d'autres termes, c'est en se dotant de moyens d'affecter les intérêts des individus que l'ordre juridique parvient à réguler leurs comportements. V. aussi, P. AMSELEK, *Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques*, in *La force normative*, 2009, LGDJ, p. 3 et s. V. *contra* D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, Odile Jacob, 1997, p. 60 s.

¹⁵² V. Toutefois la proposition de M. Quievy selon qui l'associé est uni aux biens sociaux par un lien de « subpropriété » : J. F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, préf. R. MARTIN, LGDJ, 2009; v. aussi, R. MARTIN, « La propriété de haut en bas », *D.* 2007, p. 1977.

¹⁵³ Rappr. R. VON JHERING, *op. cit.* p. 310, n°196: « la propriété de l'être purement imaginaire qu'est la personne juridique ne répond à aucune idée précise. Cette personne n'en retire aucun bénéfice; celui -ci est acquis aux individus qui, d'après les statuts de la fondation, doivent jouir des avantages qu'elle procure ». V. aussi, en ce sens, J. FOYER, « Sens et portée de la personnalité morale des sociétés en droit français » *art. préc.* ; J.-P. GASTAUD, *op cit.*, p. 49 et s., spéc. p. 51 : « l'apporteur conserve toujours avec le bien par lui apporté un lien de droit d'une nature originale il est vrai, et ce, aussi distendu et diffus que ce lien puisse paraître ». Rappr. M. PLANIOL *Droit civil, op. cit.*, t.1, n°3005 et s., p. 942 et s., qui proposait de présenter le phénomène en considérant les associés titulaires d'une certaine forme de droit de propriété collective sur les biens sociaux. En ce sens également F. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision. Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de sociétés civiles et de personnalité morale*, préf. J. PATARIN, LGDJ, 1968, spéc. n°248, p. 373 ; rappr. également C. BOUCHARD, « Le caractère

intérêts, leurs libertés. Par là, les intérêts personnels de ces membres pourront être appréhendés par le Droit – notamment pour les besoins d'un arbitrage avec les intérêts de tiers à cette personne morale – ainsi que leurs comportements régulés.

B. La répercussion du traitement juridique de la personne morale sur ses membres, description du mécanisme

59. La manière dont les intérêts, les comportements des individus sous-jacents à la personne morale sont effectivement saisis et ordonnés par le Droit ne se donnera le plus souvent à l'entendement qu'en étudiant ce qu'il est convenu d'appeler le régime interne de la personne morale considérée.

Ainsi, si dans l'exemple précédent, il a été possible d'affirmer que l'associé sera en principe affecté dans sa richesse personnelle par la perte d'un bien social, c'est en considération du régime juridique qui organise les rapports de l'associé à la société : notamment en raison de la règle prévoyant l'attribution à l'associé d'un droit au *boni* de liquidation en vertu duquel il se verra attribuer les richesses subsistantes au jour de la dissolution de la société¹⁵⁴. C'est de cette règle, relevant de ce qu'il est convenu d'appeler le régime interne de la personne morale considérée, que se déduira la donnée selon laquelle l'associé est affecté pécuniairement par l'attribution ou la destitution de la propriété d'un bien à la société.

Plus généralement, il est possible de considérer que la manière dont les intérêts humains sont affectés par l'attribution de droit et d'obligation à la personne morale ne se donne à l'entendement qu'après avoir procédé à la combinaison du régime porté par le droit subjectif, ou l'effet de droit, attribué à la personne morale d'une part, avec le régime interne de la personne morale considérée d'autre part.

En effet, dans l'hypothèse précédente, c'est bien parce que, d'une part, le droit de propriété confère à son titulaire la richesse du bien (donnée qui ressort du régime que

contractuel, de l'essence de la société de personne », in *Mélanges F. Frenette*, Presses de l'Université de Laval, 2006, p. 297 et s.

¹⁵⁴ Art.1844-9 du Code civil et L237-29 du Code de commerce pour les sociétés commerciales personnifiées ; v. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 32^{ème} éd., n°744, p. 315 et s.

porte le droit subjectif appliqué à la personne morale) et que, d'autre part, la richesse personnelle de l'associé dépend de la richesse de la société (donnée qui ressort du régime interne de la personne morale considérée : en vertu notamment de la règle attribuant à l'associé les richesses subsistantes au jour de la liquidation), qu'il est possible d'affirmer par la combinaison de ces deux régimes que l'associé est indirectement affecté dans sa richesse personnelle par l'attribution ou le retrait de la propriété d'un bien à la personne morale.

Les régimes internes que portent respectivement les différents types de personnes morales varient : la personne morale est un concept multiple et malléable¹⁵⁵ ; par ailleurs, au sein d'un type de personne morale considéré peuvent coexister une pluralité de régimes internes correspondant aux diverses catégories de membres que cette personne morale connaît. À ces différents régimes, correspondent autant de moyens différents de répercuter le traitement juridique de la personne morale sur ses membres¹⁵⁶. Aussi, la possibilité pour les individus d'opter pour l'un ou l'autre de ces différents régimes sera fonction de la réglementation que l'ordre juridique souhaite leur appliquer compte tenu de leur situation. Ce ne sont pas, par exemple, les mêmes répercussions que le législateur souhaite faire subir aux membres d'une fondation et aux membres d'une société commerciale – en raison notamment de la disparité de but que ces deux types de membres sont réputés poursuivre – ; ou encore, au sein d'une société commerciale, au dirigeant et à l'associé.

60. Rendre compte de manière exhaustive des conséquences de l'attribution de chaque droit subjectif, de chaque traitement juridique, pour chaque type de membres de chaque type de personnes morales existantes n'est évidemment pas réalisable. On ne peut que se pencher sur la méthode d'identification de ces répercussions. Cette méthode mise en évidence, il est possible de s'assurer de son fonctionnement en étudiant une hypothèse d'application plus complexe : la signification du phénomène d'attribution d'une obligation

¹⁵⁵ En ce sens notamment, C. ATIAS, *Les personnes, les incapacités*, Droit civil, PUF, 1985, n°132 et s. ; G. WICKER, *Les fictions juridiques*, *op. cit.*, n°204, p. 198 ; G. GOUBEAUX, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », in *Études dédiées à René Roblot : aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ, 1984, p. 199 et s., spéc. n°3. ; J. HAUSER, « Les difficultés de la recodification : les personnes », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 206 ; au point d'ailleurs que certains vont jusqu'à contester la pertinence d'un concept unique : en ce sens, v. P. MALAURIE, « Nature juridique de la personnalité morale », *Defrenois* 1990, art. 34848, p. 1068.

¹⁵⁶ V. not. en ce sens GASTAUD, *op. cit.* p. 101 et s.

à une personne morale par le biais de ses répercussions, grâce auxquelles la construction apparaît véritablement en tant que phénomène normatif.

§2. Compréhension du mécanisme au travers de l'étude de son application

61. Analyse du phénomène d'attribution d'une obligation à la personne morale – Hypothèse simple – Deux éléments – *Schuld* et *Haftung* – sont classiquement considérés comme essentiels à la notion d'obligation¹⁵⁷ : une prestation qui en est l'objet d'une part, un mécanisme permettant de rendre ce comportement proprement obligatoire d'autre part¹⁵⁸. En droit positif contemporain, ce dernier mécanisme repose essentiellement sur le droit de gage général dont la menace de réalisation suffit généralement à obtenir une exécution spontanée, et dont la réalisation effective est censée permettre, le cas échéant, de réparer les conséquences d'un défaut d'exécution¹⁵⁹. Or la personne morale destinataire d'obligation ne peut, elle-même, ni réaliser la prestation objet de l'obligation, ni être le destinataire de la menace de contrainte grâce à laquelle le comportement est effectivement obligatoire faute de pouvoir ressentir la crainte ou la peine¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Du moins selon une présentation dualiste de la notion, sur laquelle plus précisément v. F. KONDER COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, th. Paris, 1963 ; J. MAILLET, *La théorie de Schuld et Haftung en droit romain*, th. Aix, 1944.

¹⁵⁸ M. BILLAU, J. GHESTIN, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005 ; v. aussi J. CARBONNIER, « L'obligation entre la force et la grâce », *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd. LGDJ, 2001, p. 289 et s.

¹⁵⁹ V. F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD Civ.* 1996, p. 819. Rapp. F. ROUVIÈRE, « L'obligation comme garantie », *RTD civ.* 2011, p. 1. Certains préféreraient parler dans certains cas d'exécution par équivalent (rapp. J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, th. Paris II, 1978 ; P. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323 ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5^{ème} éd., LexisNexis 2018, n°87 et s.).

¹⁶⁰ V. *supra*, Section 1. On pourrait objecter que la personne morale reste susceptible de voir ses richesses saisies et que, de ce seul fait, il serait concevable de diriger à son endroit une véritable obligation effectivement obligatoire. Une telle objection méconnaîtrait assurément le rôle essentiellement prophylactique du *Haftung* que sert le droit de gage général. Un ordre juridique au sein duquel les obligations ne seraient réalisées que par le biais de l'indemnisation de leur inexécution par la saisie des biens du débiteur ne serait sûrement pas viable en raison notamment du chaos économique qu'une telle situation traduirait. Au-delà du fait que « poster un gendarme derrière chaque citoyen n'est pas un programme facile » (H. BATIFFOL, *op. cit.*, p. 93), pourrait-on prétendre que le résultat que recherche en principe un créancier est d'être indemnisé du préjudice issu de l'inexécution, par les biens qu'il aura saisi à son débiteur défaillant ? Que le sujet de l'ordre juridique laisse sa voiture au garagiste pour être indemnisé – par saisie des biens de ce dernier – de l'absence de réparation ; qu'il loue un appartement pour être indemnisé du défaut de mise à disposition du bien ? Peut-on soutenir que tel est la fonction socio-économique première du mécanisme obligationnel dans l'esprit du législateur ? Peut-on penser qu'un système économique pourrait efficacement fonctionner sur la base de telles structures ? Le mécanisme de saisie des biens du débiteur est certainement au contraire un pis aller visant à sanctionner les hypothèses extraordinaires et son rôle premier est

L'analyse des répercussions du traitement juridique de la personne morale sur ses membres permet seule de comprendre alors la signification du phénomène d'une telle attribution de droits et d'obligations et pourquoi celui-ci n'est pas qu'une vaine construction conceptuelle mais bel et bien un phénomène normatif.

Parce qu'il ressort des liens juridiques unissant certains individus à la personne morale que ceux-ci sont intéressés aux richesses qu'elle détient – en raison du profit indirect qu'ils en retirent, de leur attachement à la réalisation du but que poursuit la personne morale et que la détention de ces richesses facilite, etc.¹⁶¹ – ces individus ressentiront la menace d'appauvrissement en lieu et place de la personne morale¹⁶². Soucieux de ne pas subir les répercussions de l'appauvrissement de la personne morale, ils seront intéressés à ce que le mécanisme sanctionnant l'inexécution de l'obligation ne soit pas déclenché, ce qui revient à dire qu'ils auront en principe intérêt à ce que l'obligation soit exécutée. Dès lors que ces mêmes individus (sur qui pèse la menace de répercussions) disposent personnellement de la possibilité de réaliser le comportement attendu de la personne morale apte à faire cesser cette menace, il est possible de considérer ces individus comme destinataires d'une norme dont la structure est simple : l'ordre juridique attend d'eux un certain comportement et a érigé le comportement contraire en condition de déclenchement d'une sanction qui leur est destinée.

62. Hypothèse de représentation de la personne morale par un individu immédiatement indifférent au sort de la personne morale – Mais il se peut – et cela est fréquent – que ceux qui sont attachés au maintien de la richesse de la personne morale ne soient pas ceux habilités pour agir à la place de cette dernière¹⁶³. Dans une telle hypothèse,

certainement d'assurer une exécution spontanée de l'obligation initiale par la crainte qu'il inspire. Il semble de ce fait certain que le mécanisme obligationnel ne peut remplir sa fonction socio-économique que lui assigne le législateur qu'à la condition d'être adressé à des êtres susceptibles de ressentir la crainte d'un appauvrissement. V. H. BATIFFOL, *op. cit.*, p. 93 et s.

¹⁶¹ V. *supra* § 1.

¹⁶² V. pour une analyse comparable, H. KELSEN, *op. cit.* p. 245 s. et spéc. p. 247 : « Parler de responsabilité d'une corporation, c'est attribuer à la corporation le fait de subir le mal que représente le retrait forcé de biens d'un patrimoine considéré comme le patrimoine de la corporation ou le patrimoine collectif des membres de la corporation ».

¹⁶³ Tel est le cas par exemple lorsque le comportement attendu doit être réalisé par un salarié ou un dirigeant de société qui n'est pas directement intéressé aux richesses de la personne morale comme le serait un associé. Sur le mécanisme d'imputation des comportements humains à la personne morale, v. *supra*, Sous-Section 1.

et à ce stade d'analyse de la construction, ceux qui ont la possibilité de réaliser valablement le comportement éteignant l'obligation de la personne morale – faisant cesser par là la menace de saisie des richesses – ne seraient pas assujettis à une menace de contrainte. La construction du régime interne de la personne morale organisera donc la mise à la disposition de ceux qui sont intéressés à ce que la personne morale ne soit pas sanctionnée, d'un ou de plusieurs moyens de contraindre effectivement ceux qui sont habilités à la réalisation du comportement auquel la personne morale est obligée, à réaliser cette prestation. Les individus habilités à agir pour le compte de la personne morale se verront ainsi, du fait de l'attachement des premiers à ce que le comportement soit réalisé, commander en principe par ceux-ci, sous la menace de sanction, de réaliser le comportement attendu de la personne morale. Ainsi, les organes dirigeants ou représentants habilités à agir au nom de la personne morale et qui ne seraient pas directement intéressés aux richesses sociales, comme l'est par exemple un associé, risqueraient en cas de non réalisation du comportement attendu, une sanction telle qu'une révocation – événement réputé douloureux notamment à raison de la perte de revenus, d'honneur ou de pouvoir qui en découle et auxquels les individus sont réputés attachés¹⁶⁴ – , une mise en jeu de leur responsabilité personnelle entraînant leur appauvrissement personnel, etc. La mise en œuvre de ces sanctions en cas de non réalisation du comportement sera confiée à ceux qui souffriraient des répercussions de la sanction adressée à la personne morale¹⁶⁵.

63. Ainsi, pour reprendre schématiquement la structure de la construction ici décrite, il apparaît que l'attribution d'une obligation à la personne morale revient à rendre un certain comportement humain obligatoire par le biais d'une chaîne de répercussions : certains individus étant affectés par les répercussions d'une sanction touchant une personne morale œuvreront à la réalisation d'un comportement humain en menaçant de contrainte d'autres individus pour que ces derniers exécutent le comportement qui permettrait de considérer réalisée l'obligation de la personne morale.

¹⁶⁴ V. S. MESSAÏ-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, préf. P. Le CANNU, IRJS éditions, 2009, n°17, p. 11 et 26, p. 15.

¹⁶⁵ Ainsi, par exemple, l'associé d'une société personnifiée est directement intéressé à la richesse de la personne morale, il aura à sa disposition le pouvoir de révoquer le dirigeant et par là aura la possibilité de contraindre ce dernier à réaliser le comportement apte à faire cesser la menace de contrainte qui pèse sur la personne morale et par voie de conséquence sur l'associé.

En cas de non réalisation de l'obligation « par » la personne morale, celle-ci risquerait de faire l'objet d'une saisie de ses biens, événement susceptible de porter préjudice à certains individus, lesquels pouvant en ce cas, à leur tour, porter atteinte aux intérêts de ceux qui étaient habilités à agir au nom et pour le compte de la personne morale. La recherche de l'évitement de la peine, présumé comportemental des individus intégrés à cette construction, est censée guider ceux-ci à se conformer au comportement que l'ordre juridique attend en attribuant une obligation à la personne morale.

64. C'est grâce à l'ensemble des segments de cette construction de technique juridique qui a été ici schématisée – et qui ne se laisse appréhender que par la combinaison d'une part du régime porté par le concept d'obligation attribué à la personne morale, avec d'autre part, la structure interne de celle-ci – que l'attribution d'une obligation à la personne morale peut effectivement s'analyser en tant que phénomène normatif.

65. Ainsi, l'exposé qui présente l'attribution d'un droit subjectif ou d'une obligation au sens technique, à une personne morale ne livrera tout son sens sur le terrain de l'arbitrage des intérêts et la régulation des comportements humains qu'au terme d'un processus intellectuel plus ou moins implicite ou inconscient, combinant les données juridiques contenues dans le concept technique du droit ou de l'obligation attribué à la personne morale, avec le régime interne de la personne morale considérée. C'est seulement par le biais de cette combinaison que l'esprit se trouvera à même de se figurer la manière dont l'ordre juridique régule effectivement les comportements et les intérêts des destinataires du Droit.

Section 3 - La personne morale comme concept fongible de représentation du Droit

66. Synthèse : un ensemble normatif à destination des individus au travers du phénomène de la personnalité morale – La perception de la matrice de fonctionnement qui vient d'être mise en évidence est cruciale pour la compréhension du phénomène technique qui consiste à présenter des normes appliquées à la personne morale et dont découlent les droits et obligations dont elle est titulaire.

Le traitement juridique de la personne morale sera fonction de choix et d'agissements humains¹⁶⁶ et c'est en considération de ces agissements que certains effets seront ensuite édictés : destinés de prime abord à la personne morale, ils atteindront les intérêts individuels de ses membres et pourront par là notamment orienter leurs choix comportementaux¹⁶⁷.

Aussi, il apparaît que lorsque le discours juridique présente un ordre « exprimé comme s'il était adressé à une collectivité et non aux membres de celle-ci, les individus qui sont les destinataires réels de ce message ne peuvent savoir à quoi s'en tenir sans le combiner avec d'autres messages, préexistants ou à faire »¹⁶⁸, ces derniers messages en question – résultant du régime interne de la personne morale considérée – permettront de décoder la norme présentée comme adressée à la personne morale, afin de déterminer ceux parmi les membres du groupement dont une certaine conduite est attendue ainsi que le contenu de cette conduite, de même que ce régime interne permettra de déterminer ceux qui s'exposent à la sanction, ainsi que la nature de celle-ci en cas de non réalisation de la conduite par ceux dont elle est attendue.

C'est ainsi que, pour reprendre la formule de M. Lucien François, « une exigence apparemment simple comme *L'organisation X doit adopter la conduite Y sous peine de subir la sanction Z* se résout en *jurème*¹⁶⁹ dont les destinataires ne sont pas X, mais

¹⁶⁶ V. *supra* Section 2, Sous-Section 1, n° 50 et s.

¹⁶⁷ V. *supra* Section 2, Sous-Section 2, n° 56 et s.

¹⁶⁸ L. FRANÇOIS, *Le Cap des tempêtes*, op. cit., n°88, p. 151.

¹⁶⁹ L'auteur, qui se méfie de l'équivocité dont sont affectées les notions classiques de *règles, normes, droit*, etc. préfère, plutôt que de préciser le sens dans lequel il entend chacune d'elles, créer un

des membres de X ; dont l'objet n'est pas Y, mais une fonction de Y ; dont la sanction n'est pas Z, mais une répercussion de Z. Ces destinataires réels, cette fonction et cette répercussion se déterminent d'après les rapports que les membres de la collectivité entretiennent les uns avec les autres »¹⁷⁰.

67. La personnalité morale comme concept auxiliaire de la science du droit – Au terme de cette analyse, il est tentant de conclure, avec Oppetit, Kelsen ou Amselek, que ce qui est communément appelé « personnalité morale » à qui le discours juridique commun affecte des droits et des obligations, n'est finalement rien de plus qu'« une notion auxiliaire que la science juridique a construite en vue de simplifier ou de rendre plus concrète l'analyse et la description de données juridiques compliquées »¹⁷¹, « un concept régulateur utilisé par la science du droit pour décrire la réalité juridique constituée par un ensemble de normes applicables à un groupe d'individus »¹⁷² (ou encore, préciserait-t-on aujourd'hui, à un individu unique), un concept rendant compte de « la réunion d'un ensemble de normes juridiques »¹⁷³ forgé afin de réguler les activités humaines et d'en arbitrer les intérêts¹⁷⁴.

Et, « si l'on parle de personnalité pour qualifier cette réglementation, il faut bien comprendre que ce n'est rien d'autre qu'une étiquette, qu'une image commode pour décrire cette réglementation ; en raisonnant en effet comme si le groupe était un individu (...) on rendra plus aisément compte d'un certain nombre de règles (...), par exemple, les règles concernant la responsabilité seront mieux comprises (...). Mais

nouveau concept auquel il donne une définition précise, évitant par là que son lecteur ne puisse avoir du mot qu'il emploie une acception différente de la sienne. On peut ici – au risque toutefois de sacrifier quelques nuances – entendre le terme de *jurème* dans le sens commun de norme.

Nb : l'auteur définit le *jurème* comme l'« apparence, produite par un humain, du vœu d'obtenir une conduite humaine, apparence munie d'un dispositif tel que la résistance d'un des destinataires déclenche une pression en sens contraire par menace de sanction », L. FRANÇOIS, *op. cit.*, Glossaire, p. 325 ; et sur la justification de sa méthode, v. p. 42 et s., n°15 et s.

¹⁷⁰ L. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 150-151, n°87.

¹⁷¹ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 236.

¹⁷² B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 445.

¹⁷³ B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 443.

¹⁷⁴ Rappr. également R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain, op. cit.*, p.214 : « Cet être juridique n'est en réalité qu'un masque ; il est le mécanisme qui sert de véhicule à toutes les relations de la communauté avec l'extérieur ; il n'est pas lui-même l'ayant droit. Les ayants droit sont ceux qui sont intéressés dans la communauté, qui se meuvent derrière lui et dont il n'est que le porte-voix. Extérieurement cependant il remplit le rôle des véritables intéressés ; il agit, il contredit, il conclut les actes juridiques et les exécute » ; v. aussi t. 3, p. 57, §46: la personne juridique « n'est pas le destinataire des droits qu'elle possède, ce sont les personnes physiques qui se trouvent, pour ainsi dire, derrière elle, qui les détiennent: elle ne fait que les représenter, elle est l'ayant cause technique nécessaire ».

ces commodités de langage n'ont bien sûr pas d'autre portée que celle de métaphores »¹⁷⁵. La personnalité morale ne serait ainsi nullement une personne nouvelle à côté de ses membres mais simplement un moyen commode d'exprimer la réglementation qui pèse sur eux-ci¹⁷⁶.

68. Fongibilité du concept de personne morale – Si la personne morale est bel et bien ce pur concept de la science juridique destiné à faciliter la description du droit¹⁷⁷, et que celui-ci vise *in fine* la réglementation des activités humaines, il en résulte notamment que les données juridiques que ce concept véhicule pourraient être exprimées sous une autre forme, par l'intermédiaire d'autres concepts et notamment par le biais d'une présentation rattachant plus immédiatement l'application et l'exposé du droit aux comportements et aux intérêts individuels¹⁷⁸ : il ne serait alors question ici que de présentation et, de la même manière qu'une pluralité de mots ou de constructions lexicales peuvent souvent indifféremment servir à l'expression d'un certain objet, d'autres concepts que la personne morale pourraient certainement servir à représenter les données juridiques que celle-ci véhicule¹⁷⁹.

¹⁷⁵ P. AMSELEK, *op. cit.* p. 94.

¹⁷⁶ V. encore en ce sens J.-P. GASTAUD, *op. cit.*, spéc. n°23 et s., p. 32 et s., et n°71 et s., p. 101 et s., pour qui la technique de la personnalité morale consiste à modifier les droits subjectifs dont les membres sont porteurs d'une manière qui est fonction du but que recherche le législateur par le type de personne morale considérée. Ainsi n°32, p. 23 : « la loi conditionne (...) le pouvoir modificateur de la personnalité morale sur le droit subjectif (...). C'est d'elle que dépend l'intensité de la personnalité morale interne qui ne développera d'effet qu'autant qu'il se révèle indispensable à la réalisation de son but ».

¹⁷⁷ v. H. KELSEN, *Théorie pure, op. cit.*, pp. 251-252.

¹⁷⁸ *Idem* ; v. aussi M. PLANIOL *Droit civil, op. cit.*, t. 1, n°3005 et s. qui suggère plutôt de se représenter le phénomène par le biais de la propriété collective. V. ainsi spéc. n°3019, p. 948-949 « la notion de la personnalité fictive est une *conception purement doctrinale*, et l'on peut en faire la critique et la détruire sans porter atteinte à aucune des décisions impératives ou prohibitives de la loi. *Toutes les règles légales peuvent continuer à recevoir leur application, et aucune ne sera violée par un changement de doctrine.* » L'auteur ajoute que « si le changement est légal, il est aussi très utile, nécessaire même : dès qu'on abandonne ce fantôme des personnes fictives, on voit s'évanouir une foule de difficultés qui viennent du parallèle perpétuel qu'on fait malgré soi entre elles et les personnes vivantes. La plupart des questions à résoudre sur ce sujet ne sont difficiles que parce qu'elles sont mal posées. On les rectifie et, par suite, on les résout plus aisément, si on ne voit plus sous ce nom de « personne fictive » qu'un état particulier de la richesse, *la propriété sous sa forme collective*, et si l'on admet qu'il n'y a pas d'autres personnes que les personnes humaines » ; *idem*, E.-E. THALLER *Traité élémentaire de droit commercial*, 5^{ème} éd., Rousseau, 1916, n°280 et s., p. 180 et s. ; rapp. également R. SALEILLES, *op. cit.* spéc. p. 390 et s. ; C. CUTAJAR-RIVIERE, *La société écran : essai sur sa notion et son régime juridique*, préf. P. DIENER, LGDJ, 1998, n°77.

¹⁷⁹ V. *contra* R. PERROT, *op. cit.*, pour qui la technique choisie pour la réalisation d'une réglementation influencera nécessairement le contenu positif de celle-ci ; autrement dit, le choix de technique pour réaliser une norme influencera nécessairement le contenu de celle-ci : la logique interne d'un concept commandera à l'interprète des déductions qui seront propres au concept choisi en ce sens qu'elles n'auraient pas découlé de la structure logique d'un autre concept. Si toutefois, l'on refuse d'admettre que les solutions juridiques positives puissent valablement n'être commandées que par les conséquences logiques du concept choisi pour l'expression d'un principe, l'objection ne

Il pourrait être remarqué en ce sens qu'édicte un régime sensiblement proche de celui auquel le droit positif français parvient, de nombreux droits étrangers sont exprimés avec davantage de détachement vis-à-vis du concept de personnalité morale¹⁸⁰. C'est ainsi que le droit britannique des sociétés commerciales emprunte largement au régime du trust au détriment parfois du concept de la personne morale¹⁸¹. Il en va de même aux États-Unis où le dirigeant « occupe la position d'un agent »¹⁸², tandis que les actionnaires sont « dans l'analyse économique dominante nord américaine »¹⁸³ perçus comme les « propriétaires de l'entreprise »¹⁸⁴ au rebours de ce que commande le prisme de la technique de la personne morale. Encore, le recours à la notion de patrimoine d'affectation tel que le connaît le droit allemand, pourrait être usité pour obtenir des solutions proches de celles que le droit français atteint via la personnification¹⁸⁵.

semble plus porter – sauf hypothèse d'utilisation abusive du raisonnement conceptuel (sur laquelle, v. not. P. E. AUDIT, *La naissance des créances, approche critique du conceptualisme juridique*, préf. D. MAZEAUD, Dalloz, 2015, spéc. n°379 et s., p. 272 et s. et F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1914, p. 101 et s., n°35 et s.). S'il est vrai que « les systématisations, en même temps qu'elles ont une valeur explicative, éclairent et affirment les solutions, constituent des instruments de découverte et de perfectionnement du droit en tant qu'elles permettent de résoudre des difficultés non prévues » (G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, op. cit.*, t.1, n°60), il reste que – sans pouvoir prétendre résoudre ici l'une des plus épineuses questions épistémologiques qui soit – nous ferons pour notre part le choix de la méthode défendue par F. Geny, selon laquelle les conséquences logiques d'un concept ne doivent être pour l'interprète rien de plus que des « hypothèses scientifiques » n'ayant pas de ce fait une nécessaire vocation à se réaliser en solutions positives : « si parfois il paraît utile d'avoir recours aux conceptions et constructions abstraites, l'interprète ne doit pas, en usant de ces procédés, oublier qu'ils le placent en dehors des réalités objectives, qui seules doivent diriger son action ; loin de se croire lié par ces conceptions (...), il doit les tenir pour de pures hypothèses scientifiques, susceptibles sans doute de diriger utilement ses recherches, mais aucunement préétablies dans leur essence, et auxquelles, par conséquent, ne peuvent jamais être sacrifiées les exigences de la vie » (*Méthode d'interprétation et source en droit privé positif, essai critique*, t. 2, LGDJ 1919, p. 86). Si l'on s'en tient à cette méthode, l'influence de la forme technique choisie pour rendre compte d'une réglementation devrait en principe rester limitée : « Les moyens étant ordonnés et subordonnés à la fin, une technique juridique, ne saurait être conçue qu'en dépendance d'une philosophie juridique » (J. DABIN, *La Technique de l'élaboration du droit positif*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1935, «Avertissement», p. VII). V. not. rejetant l'utilisation excessive – si exclusive de toute autre méthode – des déductions conceptuelles pour l'application du Droit, P. VANDER EYCKEN *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles : Falk, Paris : Alcan, 1907, spéc. n°139 et s., p. 252 ; s. R. DEMOGUES, *op. cit.* p. 225 et s. ; F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, spéc. n°60 et s., R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain... op. cit.*, t. IV, §69 et s., et plus récemment P. E. AUDIT, *op. cit.* spéc. n° 379 et s., p. 272 et s.

¹⁸⁰ En ce sens, J. ROCHFELD, *op. cit.*, p.121.

¹⁸¹ A. HICKS & S. H. GOO, *Compagny Law, Cases and Materials*, Oxford University Press, 5^{ème} éd., p. 267 cité par J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, préf. D.R. MARTIN, LGDJ 2009, n°5, p.5, n. 28 ; v. aussi L.S. SEALY, *The director as trustee*, 1967 CLJ 83.

¹⁸² J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n°5 p. 5.

¹⁸³ J.-F. QUIEVY, *op. cit.*, n°5 p. 6.

¹⁸⁴ Idem.

¹⁸⁵ Idem.

¹⁸⁵ T. RIEHM, « Le patrimoine d'affectation en droit allemand, notamment en droit des sûretés », *RLDC*, déc. 2010, 4066. 155 et les références citées.

En droit français, il peut être remarqué que les solutions positives – la manière dont les comportements sont régulés, les intérêts arbitrés – peuvent être sensiblement identiques selon que la technique juridique appréhende ou non les situations par le prisme d'une personne morale : le mécanisme de la propriété indivise¹⁸⁶, celui du patrimoine d'affectation de l'EIRL¹⁸⁷ par exemple, permettent de réaliser aisément une réglementation semblable à celle dont il est aujourd'hui rendu compte par l'outil de la personne morale dans bon nombre d'hypothèses¹⁸⁸ ; encore, la suppression de la personnalité morale de la masse des créanciers par la loi du 25 janvier 1985 n'a pas, semble-t-il, sensiblement modifié le traitement des intérêts des parties à une liquidation, mais à tout au plus contraint les juges et la doctrine à « de laborieuses constructions (...) pour maintenir des solutions qui avaient fait leur preuve avant la loi de 1985 »¹⁸⁹. Inversement, des auteurs ont proposé de recourir à la personnification pour traduire certaines réglementations dont la présentation classique n'en use pas : il en est ainsi de la communauté matrimoniale par exemple¹⁹⁰, ou encore de la famille¹⁹¹, voire de la propriété indivise¹⁹².

¹⁸⁶ Au point que certains auteurs contestent l'existence d'une différence structurelle entre les deux mécanismes. V. en ce sens, C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil », *RTD com.* 1979, p.645 et s., spéc. n° 32 et s. ; et favorable à la reconnaissance de la personnalité morale de l'indivision : F. ZÉNATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mél. G. Goubeaux*, Dalloz, 2009, p. 596 et s.

¹⁸⁷ V. F. TERRÉ (dir.), *EIRL - L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Lexis-Nexis, 2010.

¹⁸⁸ Certains auteurs proposent d'ailleurs une présentation du phénomène de la personnalité morale par le prisme du patrimoine d'affectation : v. R. SALEILLES, *op. cit.*, spéc. p. 475 et s. ; également R. SALEILLES, « Etudes sur l'histoire des sociétés en commandite », in *Annales de droit commercial*, t. IX, 1895 p. 10 et s. et p. 49s. ; t. XI, 1897, p. 29 et s., spéc. t. XI, p. 37. La frontière conceptuelle séparant la technique de la propriété indivise de celle de la personnalité morale est régulièrement remise en question (v. par exemple C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil », *RTD com.* 1979, p.645 et s., spéc. n° 32 et s. ; F. ZÉNATI-CASTAING, *art. préc.*).

¹⁸⁹ V. A. MARTIN SERF, « L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse », in *Procédures collectives et droit des affaires, Mélanges A. Honorat*, éd. Frison-Roche 2000, p. 143 et s. ; dans le même sens v. L.-M. MARTIN, « Le représentant des créanciers et l'article 46 de la loi du 25 janvier 1985 », *RD bancaire et bourse*, 1990, p. 64 ; M. CABRILLAC, obs. *JCP* 1999, 1, 177, n°16 sous Com., 11 mai 1999.

¹⁹⁰ V. par exemple J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, th. Bordeaux, 1932 ; G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 9^{ème} éd., PUF, 1997, n°38, p. 246 ; G. WICKER, « Personne morale » *art. préc.*, n°39 ; J. ROCHFELD, *op. cit.* p. 143.

¹⁹¹ V. sur cette question J. DABIN, « Le Problème de la Personnalité Morale de la Famille », *Bulletin de la classe des lettres et des Sciences morales et politiques de l'Académie Royale de Belgique*, 5^o série, tome XXXV, Bruxelles, Palais des Académies, p.1 et s. ; E. MILLARD, « Débats autour de la personnalisation juridique de la famille », in *Débats autour de la personnalisation juridique. Les implicites de la politique familiale*, Dunod, 2000, p. 11 et s. ; et plus généralement G. CORNU, « Les groupements dans la vie familiale » in *Les groupements*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées japonaises t. XLV (1994), Paris, Litec, 1996, p. 143 et s. ; C. FREYRIA, « La personnalité morale à la dérive... », *Mélanges Breton et Derrida*, 1991, Dalloz, p. 121 et s. ; N. MATHEY, *Recherches sur la personnalité morale en droit privé*, th. Paris II, n°795 et s., spéc. n°803.

69. Enfin, la constitution d'un organisme de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) s'avère une illustration assez topique de cette fongibilité des techniques. Ces organismes d'investissement peuvent en effet prendre indifféremment la forme d'une structure fondée sur la propriété collective de ses participants, le FCP (fonds commun de placement), ou d'une structure fondée sur la technique de la société personnifiée, la SICAV (société d'investissement à capital variable). Dans le premier cas, les investisseurs sont considérés comme des copropriétaires des instruments financiers ; dans le second cas, leurs droits sur les instruments financiers disparaissent par l'effet de l'écran de la personnalité juridique de la structure dont ils sont actionnaires. Pour autant, le traitement effectif des investisseurs apparaît sensiblement identique dans l'un et l'autre cas, le choix de la technique s'avérant en substance assez neutre¹⁹³ : hormis le jeu de quelques dispositions propres à chacune de ces structures, aux conséquences relativement anodines et dont il est probable que leur transposition à l'autre structure soit techniquement réalisable, il appert que « les droits de l'actionnaire d'une SICAV, organisme doté de la personnalité morale, sont similaires aux droits du porteur de parts de FCP, organisme dépourvu de personnalité juridique »¹⁹⁴. *In fine*, la similitude des intérêts en jeu et de la situation des investisseurs, laissée intacte par le choix de la structure du fonds, l'a ainsi essentiellement emporté sur les différences des catégories techniques auxquelles ces investisseurs appartiennent. Naturellement, la réalisation d'une telle équivalence des solutions a pu supposer quelques torsions et flexions des mécanismes et des concepts en jeu¹⁹⁵, mais il est heureux que ce soit la cohérence logique des constructions intellectuelles qui ait été sacrifiée à l'impératif d'apporter un traitement identique à des situations analogues, plutôt que l'inverse. L'observation de ces institutions, dont l'expression du

¹⁹² F. ZÉNATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mél. G. Goubeaux*, Dalloz, 2009, p. 596 et s. ; v. plus généralement, I. N. MICESCO, *La personnalité morale et l'indivision comme constructions juridiques*, Bonvalot-Jouve, 1907.

¹⁹³ V. M. STORCK, « La SICAV, une société par actions à personnalité morale limitée », *Mélanges P. Le Cannu*, Dalloz-LGDJ, 2014, p. 399-407. Il est possible aussi de relever en ce sens que la directive 2014/91/UE du 23 juillet 2014, œuvrant à la coordination des règles en matière d'OPCVM, insiste à de nombreuses reprises sur la nécessité de l'uniformité des solutions quelle que soit la forme (contractuelle ou sociétale) des OPCVM (v. not. § 14, 28, 32).

¹⁹⁴ M. STORCK, *art. cit.*, p. 403.

¹⁹⁵ Ainsi, la possibilité pour l'investisseur d'agir personnellement contre le dirigeant fautif pour se faire indemniser le préjudice personnel qu'il subit en conséquence de l'appauvrissement de l'organisme, a été admis dans le cas des SICAV (v. Cass. com., 12 juill. 2011, *RD bancaire et fin.* 2011, comm. 211, I. RIASSETTO). Une telle solution, harmonieuse avec celle applicable en matière

régime a pu sembler pouvoir passer indifféremment par le biais de la personnification ou par celui d'autres concepts, ainsi que la prise en compte de l'existence de proposition doctrinales suggérant de substituer l'une par l'autre, paraissent accréditer l'idée selon laquelle la personne morale ne serait qu'un outil de représentation du droit, fongible avec d'autres outils d'expression.

70. Vices et dangers d'une présentation du Droit par le prisme de la personnalité morale – Si une telle présentation de la réglementation des activités humaines par le biais du concept de la personnalité morale est assurément utile pour l'exposé et l'application du droit, il n'est pas difficile de reconnaître qu'elle peut nuire à la clarté de l'appréhension de la teneur exacte du régime véhiculé¹⁹⁶. En effet, la présentation qui prend pour pivot de raisonnement l'application du droit à une personne morale laisse largement dans l'ombre la nature des répercussions de cette application ainsi que leurs destinataires véritables, de même que l'ensemble des comportements humains qui ont pu conduire à de telles répercussions. Or ce sont ces répercussions ainsi que les conditions de leur déclenchement qu'il convient d'avoir à l'esprit pour disposer d'une image nette de la manière dont les intérêts humains sont arbitrés, les comportements humains régulés¹⁹⁷.

71. La dissimulation croissante des intérêts humains sous-jacents qu'entraîne la tendance contemporaine à la « complexification » des montages¹⁹⁸ faisant intervenir un nombre toujours plus grand de personnes morales, ainsi que la torpeur que peut engendrer l'accoutumance au maniement de cette technique anthropomorphique font résonner d'une manière singulièrement saillante les mises en garde de Demogue qui exhortait à rechercher

de FCP est pourtant en contradiction avec les principes de la personnification. v. M. STORCK, *art. cit.*

¹⁹⁶ En ce sens, not. R. VON JHERING, *op. cit.*, t. IV, § 70, p. 341 et s. ; M. PLANIOL, *Droit civil op. cit.*, t. 1, n°3005 et s. ; B. OPPETIT, *op. cit.*, spéc. p. 439 et s. ; R. SALEILLE, *op. cit.* ; H. KELSEN *op. cit.*, not p. 231 et s., rapp. p. 236 : « Lorsque l'on interprète cette métaphore anthropomorphique comme un être réel, comme une sorte de sur-homme ou d'organisme, on hypostasie de façon illégitime un procédé auxiliaire de pensée, une notion auxiliaire que la science juridique a construite en vue de simplifier ou de rendre plus concrète l'analyse et la description de données juridiques compliquées. Les résultats de semblable hypostasie sont les suivants ; non seulement, elle obscurcit les données qu'il s'agit de décrire, mais encore elle conduit à de pseudo-problèmes que la science s'efforce ensuite en vain de résoudre ».

¹⁹⁷ Rapp. F. GENY : « de cette construction juridique, de cette superposition d'idées, plus abstraites les unes des autres, découle nécessairement l'éloignement vis à vis des intérêts concrets et réels initialement en présence et du réel de manière générale, la superposition de concept [est] susceptible de dénaturer la portée rationnelle et sociale d'une solution juridique. » (*Science et technique en droit privé positif*, t. 1, L. Tenin, 1914, p. 118).

« derrière la fiction », « la règle de droit, c'est à dire la hiérarchie des buts que l'on a établis et sa raison d'être »¹⁹⁹. Car, selon lui, si cette image de personne morale « paraît commode pour désigner certaines situations de façon rapide, imagée, pour évoquer certaines règles, certaines solutions »²⁰⁰ c'est sous réserve « que derrière cette façade, on sache voir les raisons d'être qui la font accepter, les commodités pratiques que l'on a voulu obtenir en consacrant ces patrimoine placés dans une situation spéciale »²⁰¹.

Dans cette optique, il sera probablement admis qu'il n'est pas très éclairant de présenter les données du droit positif en énonçant par exemple que « *si la société anonyme bouscule un individu, elle devra supporter financièrement les conséquences du dommage qu'elle aura causé* », ainsi que cela pourrait ressortir du discours juridique courant. De fait, il paraît tout aussi vrai et plus signifiant dans le cadre d'une approche s'attachant à déterminer la manière dont les intérêts sociaux sont arbitrés, les comportements régulés, de présenter ces données juridiques en énonçant plutôt par exemple que « si celui qui a été désigné, par une communauté d'individus organisant et profitant d'une activité dans le cadre du respect des règles donnant accès au régime de la société anonyme, pour défendre et faire valoir les intérêts de cette communauté, bouscule autrui à l'occasion de la réalisation de ses fonctions, ces derniers individus supporteront une diminution de richesse – au travers notamment de la diminution de l'assiette de leurs droits sociaux – afin d'indemniser la victime de la chute, sans que cette indemnisation ne puisse excéder la valeur des richesses que ces membres ont affectés à l'activité au cours de l'exploitation de laquelle le dommage est né ». Si les deux propositions sont – postulons le – aussi vraies l'une que l'autre et que la première présente l'incontestable avantage de la concision et de la commodité d'utilisation, il reste que la seconde, en ce qu'elle expose les données juridiques sans transiter par le concept de personne morale mais en les rattachant plutôt à des agissements et à des intérêts humains, a pour avantage de rendre plus audible la manière dont l'ordre juridique arbitre ces intérêts et régule ces comportements. Il ressort par exemple plus aisément de cet énoncé que le choix politique a été fait de faire supporter à ceux qui ont mis en place l'activité génératrice du dommage et qui

¹⁹⁸ V. J.-P. DOM, *Les montages en droit des sociétés*, Joly, 1998, p.9 et s..

¹⁹⁹ R. DEMOGUES, *op. cit.* p. 250.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 251 ; Rappr. H. KELSEN, *op.cit.* p. 251 et s.

profitent de celle-ci, les conséquences dommageables de cette activité, plutôt qu'à celui qui a matériellement causé le dommage ou à celui qui l'a subi – du moins pour ce dernier, jusqu'à un certain seuil. Elle offre de ce fait une présentation facilitant la comparaison avec d'autres régimes juridiques, en particulier avec le régime de « droit commun »²⁰² – entendu notamment comme celui où de semblables comportements humains ne pourraient être rapportés à une personne morale –, comparaison pouvant elle-même appeler certaines interrogations quant aux justifications des différences qu'elle fait apparaître. Il semblerait en effet difficilement admissible que « sous le couvert d'une raison sociale, une personne puisse accomplir des actes ou jouir de droits, qu'elle ne pouvait accomplir, ou dont elle ne devait pas jouir individuellement »²⁰³ ; à moins bien entendu que puisse être trouvé dans la spécificité de la situation donnant accès au régime de personnalité morale considéré une cause « susceptible dans l'opinion commune contemporaine, de fonder une inégalité de droits »²⁰⁴.

72. En somme, il est vrai que tout concept masque en un sens les données qu'il véhicule²⁰⁵. C'est sinon sa raison d'être, son intérêt premier que de se substituer à elles pour, les englobant dans un principe qui les contient, faciliter leur expression. Aussi, l'on ne saurait adresser de critique à l'endroit du principe de conceptualisation de données juridiques sous l'image d'une personne, sinon celle de remplir trop efficacement sa fonction. Ne sont blâmables que ceux qui oublient ce que la personnalité morale a de métaphorique et d'utilitaire. Que son traitement juridique n'est qu'un moyen du droit et qu'il ne doit être apprécié qu'à l'aune des répercussions qu'il induit sur l'équilibre des intérêts humains ainsi que la réglementation des activités humaines qu'il véhicule.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² V. *supra*, note 137.

²⁰³ P. CHAUVEAU, note sous Alger, 5 mai 1926, *D.* 1926, p. 143, l'auteur poursuit : « dès qu'il s'agit d'apprécier l'activité d'une société, il ne paraît pas possible de la dissocier des membres qui la composent et qui la dirigent ».

²⁰⁴ H. BATIFFOL, *op. cit.*, p. 172.

²⁰⁵ Rappr. G. GUSDORF, cité *supra* : « les mots sont des moyens de communication très imparfaits; bien souvent, ils dissimulent au lieu de manifester » (La parole, PUF, 1952, 1998, p. 76).

73. Fort de ces enseignements concernant cette notion de personne morale, il convient désormais de se pencher sur le rôle structurel que peuvent occuper certains membres d'une société personnifiée à risque limité, afin de rendre compte du traitement juridique dont ils sont individuellement destinataires par le truchement de la personne morale.

CHAPITRE 2 - LA RESPONSABILITE DE L'ASSOCIE POUR LES DETTES SOCIALES, FONDEMENTS ET JUSTIFICATIONS

« Les affaires, c'est bien simple : c'est l'argent des autres. »

A.DUMAS fils, *La Question d'argent*²⁰⁶

74. Au terme de la présentation de cette méthode d'appréhension du phénomène de la personnalité morale, c'est à l'une des manifestations particulières de celle-ci qu'il convient de s'intéresser afin de l'analyser sous le prisme proposé. L'un des effets de la représentation conceptuelle de la technique de la personne morale est de masquer le lien unissant l'associé à l'activité qui se déploie au sein de la société. L'associé disparaissant sous le voile de la personne morale qu'il gouverne, c'est alors l'idée même d'une responsabilité de l'associé pour l'activité qu'il met en œuvre qui se dissipe.

Quelques traces de cette idée subsistent toutefois à la marge dans le champ sémantique du discours du droit contemporain. Ainsi lorsqu'il est par exemple question des sociétés dites « à responsabilité limitée »²⁰⁷, formule qui présuppose une responsabilité de principe de l'associé pour l'activité de la société. Mais l'expression tend à ne plus viser que l'une des structures spécifiques où se réalise cette limitation de responsabilité de l'associé et que l'on ne désigne plus que par son acronyme de SARL. En son principe, l'expression se révèle inconciliable avec l'appareil conceptuel en usage pour exprimer les données juridiques portées par les formes sociales en question. Les dettes que l'activité sociale fait naître ne sont en effet, dans le discours conceptuel classique, rattachées qu'à la personnalité propre et autonome de la personne morale, laquelle est dotée d'un patrimoine indépendant ; tandis que

²⁰⁶ 1857, II, 7, Jean.

²⁰⁷ Expression pouvant viser globalement une catégorie de formes sociales caractérisées par le fait que l'associé ne risque rien de plus que son apport, ou plus spécifiquement l'une des formes sociales qui composent cette catégorie : la SARL.

l'associé n'est quant à lui, nullement intégré par les biais de représentation conceptuels courants à une relation l'unissant aux dettes sociales ou aux événements qui les déclenchent. Dès lors c'est l'expression même de « limitation de la responsabilité de l'associé » qui apparaît incongrue et avec elle, l'idée qu'elle exprime : pourquoi l'associé verrait-il en effet sa responsabilité limitée si disparaît l'idée de principe qu'il puisse en assumer une²⁰⁸ ?

75. De fait, cette expression de limitation de la responsabilité de l'associé tend à être éclipsée par d'autres plus en accord avec le procédé de représentation anthropomorphique courant du phénomène dissimulant, par le crédit qu'elles donnent à l'image de la personnification de la société, le rôle qu'y jouent les individus qui y participent. Aussi, est-il de plus en plus fréquemment préférée l'idée de « limitation des risques » des associés à celle de limitation de leur responsabilité²⁰⁹ : les associés n'étant pas à proprement parler responsables de l'activité sociale et des dommages que celle-ci cause car ils en ont délégué l'exploitation à un tiers, la société personnifiée, qu'ils sont tout au plus, dans certaines hypothèses, contraints de « garantir »²¹⁰.

Le discours personnaliste qui donne corps à la fiction de la personnalité morale induit, par son système de représentation, l'image et l'idée d'une indépendance de l'associé vis-à-vis des dettes sociales. Chacun n'étant *a priori* tenu que de ses propres dettes, il peut finir par sembler injustifié de prétendre voir l'associé supporter la charge des dettes qui grèvent le patrimoine de la personne morale²¹¹.

²⁰⁸ En ce sens, rapp. par exemple L. JOBERT, « Le principe de responsabilité limitée », *BJS* 2005, p. 227 et s., spéc. n°2 : « En théorie, le principe de responsabilité limitée constitue à n'en pas douter la seule règle conforme à la reconnaissance de la personnalité morale de la société, dotée d'un patrimoine distinct de celui de ses associés ».

²⁰⁹ Les manuels de droit des sociétés contemporains emploient couramment cette expression, V. par exemple P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2018, n°3 et s., p. 37 et s., qui distinguent les types de sociétés selon que les associés supportent un « risque » limité ou illimité. De même v. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.* n° 753, p. 321 ou encore P. et Ph. DIDIER, *op. cit.* n°104 et s. On peut remarquer que fait figure de notable exception le *Traité de droit des affaires (Les sociétés commerciales)*, 22^{ème} éd. LGDJ, 2017) de M. GERMAIN et Mme V. MAGNIER, dans lequel ne figure pas, à notre connaissance, cette expression. On peut supposer que cela tient pour beaucoup au fait ce manuel est la perpétuation du *Traité élémentaire de droit commercial* rédigé par G. RIPERT qui parut pour la première fois en 1948 (et auquel M. ROBLOT associa son nom pour les éditions qui suivirent).

²¹⁰ P. LE CANNU, B. DONDERO, *ibid.*

²¹¹ Rapp. V. WESTER-OUISSÉ, « La jurisprudence et les personnes morales », *JCP G* 2009, I, 121, n°1 : « Le débat [sur la nature de la personnalité morale] est (...) fondamental, comme en témoigne la crise financière de 2008 : les dérives l'ayant provoquée trouvent précisément leurs racines dans les confusions notionnelles nées de croyances aveugles en un prétendu marché, qui régulerait tout, qui trouverait naturellement « son » équilibre grâce à sa blanche « main invisible ». Les confusions tenant aux personnes morales relèvent des mêmes logiques : ces structures, dotées d'un intérêt propre, auraient leur propre responsabilité, leurs propres comportements ou capacités décisionnaires, les êtres

Au-delà de son caractère anecdotique ce glissement sémantique témoigne, probablement autant qu'il y contribue, d'une évolution de conception tendant à donner de plus en plus corps à la personnification des sociétés, de laquelle découle vraisemblablement la normalisation de l'idée selon laquelle l'associé n'a pas à subir les conséquences de l'échec de l'activité qu'il met en œuvre, qu'il n'a pas à supporter la charge des dommages que cette activité cause : « on s'habitue d'abord aux mots, puis aux représentations qu'ils véhiculent, et on finit par trouver normales les situations qu'ils proposent d'instaurer »²¹².

76. « Cela étant, il ne sert à rien de prétendre bouleverser une terminologie bien ancrée, même si, fondée sur une confusion, elle risque de la perpétuer. Il faut subir ce que l'on ne peut empêcher en tâchant seulement d'attirer l'attention sur ce que les mots, que l'on emploiera soi-même ont de trompeurs »²¹³.

Si tant est que l'on se garde de donner un crédit excessif aux images issues du « domaine artificiel de la construction juridique, où la pensée, détachée du réel se repaît de ses propres abstractions, et tend à oublier les intérêts » en présence²¹⁴, et que l'on veille au contraire à « s'efforcer de garder le contact avec le réel, et se rappeler qu'une personne morale, c'est une abstraction derrière laquelle il faut atteindre les hommes et leurs actions »²¹⁵, et qu'en conséquence, l'on s'attache à décrypter le phénomène juridique à l'œuvre dans le traitement juridique d'une personne morale en ayant égard à la manière dont les intérêts humains sont effectivement arbitrés et les comportements régulés ; alors, l'idée selon laquelle les associés d'une société personnifiée ne sont pas tenus, d'une manière ou d'une autre, des dettes issues de l'exploitation de l'activité sociale apparaît facilement comme une mesure hautement dérogoatoire aux principes qui irriguent de manière constante notre droit positif et qui heurte les axiomes les plus profondément ancrés de notre conception positive de la responsabilité.

humains y participant demeurant impuissants et soumis à leurs lois. Il convient de revenir, en ces temps troublés, sur la notion de personne morale, dans l'espoir d'en dénoncer certaines dérives ».

²¹² D. CHOLAK, « La neutralité de la dogmatique juridique », *Théorie du droit et science*, dir. P. AMSELEK, pp. 293-309, p. 308.

²¹³ P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *Recueil des cours de l'Académie internationale de La Haye*. Brill, 2007, t. 327, p. 115.

²¹⁴ F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, op. cit, t. 1., p. 118.

²¹⁵ P. COULOMBEL, *op. cit.* p. 30.

Encore faut-il pour cela parvenir à voir au-delà de l'écran de la personne morale pour appréhender le phénomène social et humain que celui-ci dissimule.

77. À reconsidérer donc le phénomène sous le prisme d'une conception de la personnalité morale entendue comme représentation imagée du régime offert par l'ordre juridique aux individus afin qu'ils réalisent sous son empire une certaine activité, alors l'idée de responsabilité de l'associé, présupposé nécessaire du phénomène de sa limitation, reprend son sens initial. La sanction de la non restitution de l'apport à l'associé, en cas d'échec de l'activité exploitée dans le cadre d'une forme sociale personnifiée, réapparaît en tant que mesure tenant à sa responsabilisation, dont la nature, les fondements et la logique se distinguent de la perte de la mise du parieur aux courses malchanceux. L'ampleur de cette responsabilisation, quant à elle, étonne et du moins, apparaît comme profondément dérogoire, et appelle par cela une justification.

78. Si l'on s'affranchit de la grille de lecture anthropomorphiste que suggère le concept de personnalité morale pour tâcher d'appréhender le régime mis en œuvre par les structures personnifiées à risque limité, tel qu'il régule les activités et arbitre les intérêts humains, et que dissimulent trop souvent la présentation imagée de cette réglementation, il appert que c'est structurellement l'associé qui organise et mène l'activité économique qui s'y déploie, ainsi qu'il profite de celle-ci. Et telle est la raison pour laquelle l'associé doit en principe – à suivre les axiomes du droit positif – répondre des dettes que celle-ci engendre. C'est la seule mise en lumière de cette évidence qu'il s'agira ici de poursuivre, en faisant apparaître la place occupée par l'associé par rapport à l'activité sociale sans passer par le prisme de la personnalité morale.

79. Aussi, afin de comprendre pourquoi les principes les plus profondément ancrés de notre droit positif commandent que l'associé soit par principe tenu de répondre des dettes que les procédés conceptuels techniques rattachent à la personnalité morale de la société compte tenu de son rôle et de la place qu'il occupe dans le mécanisme (Section 2), il convient au préalable de mettre en évidence certaines caractéristiques des dettes qui grèvent le patrimoine de la société personnifiée (Section 1).

Cette analyse sera menée en s'accommodant d'un degré de précision relativement lâche et en s'attachant au squelette architectural des SSPRL. Les régimes portés par

ces outils tendent en effet à s'éclater et à se diversifier²¹⁶, et nous n'aborderons à ce stade qu'une conception assez générique et schématique de ces instruments pour tâcher de mettre en évidence leur logique structurelle.

Section 1 - Ce dont une dette sociale est le nom

80. De prime abord, les causes de rattachement d'une dette à la société personnifiée peuvent sembler n'appeler aucune réflexion particulière : l'un des intérêts majeurs de la construction de la technique de la personnalité morale réside justement dans la possibilité d'appliquer à cet être désincarné l'ensemble des règles de droit et les raisonnements applicables aux individus. À priori capable des mêmes droits et des mêmes obligations que n'importe quelle personne physique²¹⁷, la personne morale en est – grâce à la mise en œuvre, en amont, d'un mécanisme de représentation²¹⁸ – sanctionnée aux mêmes conditions. Aussi, les circonstances entourant la naissance d'une dette de la personne morale peuvent au premier abord n'appeler aucune remarque particulière. Il est toutefois une limite à cette assimilation. Elle a trait à l'affectation de cette personnalité juridique dont jouit la personne morale en général, et la société personnifiée en particulier. C'est en

²¹⁶ Sur ce point, v. not. *infra* n° 516.

²¹⁷ « Tout le monde est d'accord pour considérer qu'une société, en tant que personne morale, jouit des mêmes droits privés et assume les mêmes obligations et les mêmes responsabilités qu'une personne physique ; qu'elle peut exercer n'importe quelle activité (...) ; qu'elle peut vendre, acheter, (...) s'obliger ; qu'elle peut assigner en justice et être assignée ; qu'elle peut avoir un compte en banque, employer du personnel (...) ; qu'elle a un nom, un siège, une image, une réputation, un honneur. » (P. et Ph. DIDIER, *Droit commercial, les sociétés commerciales*, Economica, 2011, n°31, p. 30).

A en croire la Cour de cassation, la capacité de la personne morale est – ainsi que pour n'importe quelle personne physique – le principe (art. 1123 anc. du Code civil ; comp. aujourd'hui art. 1145), elles peuvent ainsi être titulaire de tous les droits pécuniaires ou extra pécuniaires à moins qu'un texte le leur interdise ou « que la nature des choses s'y oppose » (V. Cass. Com. 7 avr. 1987 : *RTD com.* 1987.512 ; CJCE, 15 oct. 1992 : *D. 1992, inf. rap.*, p. 267, à propos du régime des subventions communautaires ; Cass. 1re civ., 24 mars 1993 : *JCP G* 1993, II, 22085, note P. GREFFE). Dans le même sens aussi, le Conseil constitutionnel reconnaît par exemple l'applicabilité du principe d'égalité aux personnes morales (v. Conseil constitutionnel Décision 89.254 DC du 4 juillet 1989, *RDS* 1990, p. 27, n. Y. GUYON). De fait, si certaines lois viennent limiter la capacité de certaines catégories de personnes morales (v. par exemple les limites légales à la capacité des associations posées par l'art. 6 L. 1^{er} juillet 1901), notre droit positif semble plutôt se caractériser par une tendance relativement libérale quant au champ des droits jugés aptes à bénéficier à une personne morale. V. sur la question du bénéfice des droits fondamentaux pour les personnes morales, N. MATHEY, « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », *RTD civ.* 2008, p. 205 et s. ; L. DUMOULIN, « les droits de la personnalité des personnes morales », *Rev. Sociétés* 2006, p. 1 ; ou encore H. MARTRON *Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privé*, préf. J.-C. HALLOUIN, LGDJ, 2011.

effet pour la réalisation d'un but déterminé que la personnalité morale est conférée. Ce but conditionne en principe l'accès à la personnification tandis que sa disparition en emporte la déchéance (Sous-section 1). Cette affectation existentielle de l'être moral à un but est également supposée gouverner son fonctionnement. Aussi, le régime est-il censé être construit de telle sorte que l'utilisation des attributs de la personnalité juridique conférée soit cantonnée à ce que ce but appelle. Et il résulte en principe de cette limitation du champ d'action de la personne morale à son but, que les dettes que la société personnifiée est susceptible de souscrire trouvent leur cause dans la poursuite de l'activité qui justifie son existence (Sous-section 2).

Sous Section 1 - L'existence de la personnalité morale adossée à un but spécifique

81. En principe, le bénéfice de la personnalité morale n'est pas discrétionnaire ; il n'est octroyé qu'à la condition de justifier de la poursuite d'un but, lequel doit être déterminé (§2), légitime et correspondre au but générique de la catégorie de personne morale au bénéfice de laquelle il est prétendu (§1).

²¹⁸ V. supra Chapitre 1 ; v. aussi G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, th. Nancy, 1977.

§1. La spécialisation des structures personnifiées en considération de leur but catégoriel – Le principe de spécialité légale

82. La finalité structurelle de chaque sorte de personne morale – Selon la conception qui fut plus haut exposée²¹⁹, la personne morale, loin de s'imposer comme nécessité immanente, serait bien plutôt un instrument de technique juridique : elle « remplit une fonction, elle est une réponse juridique à des besoins pratiques et juridiques »²²⁰. Chaque type de structure personnifiée, gouverné par ses propres règles, est ainsi la déclinaison de cet outil en fonction d'un besoin pratique plus spécifique auquel ces règles sont censés être spécialement adaptées²²¹. Chacune de ces différentes déclinaisons de personnes morales remplit ainsi une fonction particulière, et la construction de leur régime respectif est donc réputée, en bonne logique, réalisée en considération de cette fonction qui leur est propre. Il paraît de ce fait *a priori* naturel – surtout si l'on veut bien admettre que par hypothèse ces structures conduisent à des solutions dérogoires au droit commun²²² – que le bénéfice de leur régime ne soit réservé qu'aux hypothèses que leur raison d'être désigne.

²¹⁹ V. *supra*, Chapitre 1.

²²⁰ J. PAILLUSSEAU, *Le droit moderne...*, art. cit., n°12, p. 709.

²²¹ Comp. Cass. civ. 28 janv. 1954, Comité d'établissement de Saint-Chamond, (*D.* 1954. 217, n. G. LEVASSEUR, *JCP* 1954, II. 7978, concl. LEMOINE, *Dr. soc.* 1954. 161, n. P. DURAND ; H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 1, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, n°19-20, p. 135 et s.), dont l'attendu a pu laisser à penser – selon certains interprètes – que la personnalité morale existe *de facto* (en ce qu'elle « n'est pas une création de la loi » selon les termes de l'arrêt) dès lors qu'est justifié de la « défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être protégés » par un groupement doté d'une « possibilité d'expression collective ». V. aussi les arrêts s'inscrivant dans la lignée de cette jurisprudence « de principe » (selon les termes de la Cour de cassation, *Rapport de la Cour de cassation*, 1990, p. 291 et s.), not. Cass. soc. 23 janv. 1990 (*Rev. Sociétés* 1990. 444, n. R. VATINET ; *JCP* 1990. II. 21529, n. NEVOT ; *Dr. Soc.* 1990. 322, n. J. SAVATIER) ou encore Cass. soc. 1991, (*Rev. Sociétés*, 1992. 53). L'interprétation de cette jurisprudence donna lieu à de nombreuses controverses (v. pour un exposé H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *G.A.J.C.*, T. 1, *précité*), mais quel que soit la lignée interprétative à laquelle il est souscrit, il paraît constant que la personnalité morale « sui generis » n'est pas, à notre connaissance, de droit positif en ce sens que l'accès à la personnalité juridique – autre que celle dont jouit par principe tout individu humain – ne se réalise à tout le moins qu'à la condition que le « groupement » se moule dans l'une des structures prévues et organisées par le droit positif, notamment parce que c'est justement cette structure qui conférerait la « possibilité d'expression collective » requise par les tribunaux (v. J.-P. GRIDEL, « La personne morale en droit français », *RID comp.* 1990, 2, p. 495 et s.). En témoigne l'absence de reconnaissance de la personnalité morale à certains « groupements » qui semblent pourtant justifier de la défense d'un intérêt légitime mais qui ne font l'objet d'aucune reconnaissance légale (v. V. WESTER-OUISSE, « La jurisprudence et les personnes morales », *JCP G* 2009, I, 121, spéc. n°2). v. pour une critique de l'effectivité du célèbre attendu de la jurisprudence Saint-Chamond en droit positif, J. PAILLUSSEAU, art. cit. spéc. p. 734-735.

²²² Rapp. *supra* Chapitre 1.

Ainsi, le syndicat professionnel étant par exemple institué et organisé dans ses règles de fonctionnement afin de permettre la défense des intérêts professionnels des membres d'une même profession²²³ – ou d'individus exerçant une profession connexe²²⁴ –, le bénéfice de son régime n'est octroyé qu'aux organisations qui prétendent avoir pour but « l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels des personnes mentionnées dans leurs statuts »²²⁵, sans que son utilisation ne soit permise pour poursuivre, par exemple, une activité de nature commerciale²²⁶.

De la même manière, la société sous forme de structure sociale personnifiée à risque limitée étant généralement considérée comme « la technique juridique destinée à donner à l'entreprise une existence et une organisation sur le plan juridique »²²⁷, son bénéfice devrait être tout autant réservé à ceux qui prétendent en faire usage pour la création et le développement d'une telle « entreprise », ainsi que la nouvelle rédaction de l'article 1832 du Code civil peut le laisser penser²²⁸.

83. La poursuite du but catégoriel, condition théorique de l'accès au régime du type de personne morale considéré – Ainsi en va-t-il des différentes catégories de

²²³ V. *Encyclopédie Dalloz droit du travail*, v° « Syndicats professionnels (II - Constitution et fonctionnement) » par M. GRÉVY, spéc. n° 94 et s.

²²⁴ Art. L. 2131-2 du Code du travail.

²²⁵ Art. L. 2131-1 du Code du travail.

²²⁶ G. AUZERO, E. DOCKES, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 30^{ème} éd., 2015, p. 1086-1087 n°1031.

²²⁷ J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967, p. 4 ; l'auteur poursuit : « Au lieu de considérer la société comme un entrepreneur, c'est-à-dire comme un propriétaire qui exploiterait une entreprise au même titre qu'une personne physique, elle apparaît comme l'ensemble des règles juridiques, des techniques et des mécanismes destinés à permettre l'organisation juridique et la vie d'une forme de production ou de distribution, d'un organisme économique : l'entreprise ». La conception de la société anonyme en tant que réceptacle juridique, structure organisationnelle, de l'entreprise, promue notamment par M. Paillusseau (*op. cit.*) et vraisemblablement généralisable à l'ensemble des SSPRL, semble aujourd'hui assez largement admise. Déjà en 1950, M. Lagarde affirmait tenir la société pour « la transposition juridique la mieux adaptée de la notion d'entreprise » (« De la société anonyme à l'entreprise publique », in *Le Droit privé français au milieu du XXe siècle; études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, p. 736) ; dès 1935, M. Truchy qualifiait aussi la société anonyme de « moule juridique où vient se couler plus aisément l'entreprise capitaliste » (préface, VII, à JAMES, *Les formes d'entreprises*, Sirey, 1935, cité par M. DESPAX *L'entreprise et le droit, th. cit.*, p. 103). Plus proche de nous, MM. Baudry et Chassagnon enfin, qualifient la société de « squelette juridico-institutionnel » de l'entreprise (*Les théories économiques de l'entreprise*, La découverte, 2014, p. 90).

Cette analyse dépasse d'ailleurs aujourd'hui largement le cadre de la simple explication doctrinale et a su influencer la sphère politique. Le sénateur Marini par exemple, dans son rapport sur la modernisation du droit des sociétés la reprend à son compte, écrivant que « la société est d'abord une technique d'organisation juridique des entreprises » (*Rapport sur la modernisation du droit des sociétés*, remis au Premier Ministre en juillet 1996, p. 12 et 22) et elle trouve aujourd'hui un écho dans les dispositions législatives, l'article 1832 du Code civil faisant depuis 1985 (loi n°85-697 du 11 juillet 1985, art. 1) reposer la définition de la société sur cette notion d'entreprise (« La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie »).

personnes morales que notre droit positif connaît. Toutes paraissent théoriquement conçues en considération du type d'activité qu'elles auront vocation à accueillir, aussi portent-elles en principe au cœur de leur définition, et au titre des conditions de leur accès, le but spécifique vers lequel l'activité qui se déploie en leur sein doit être orienté (encore que, nous aurons l'occasion de le voir plus loin, l'effectivité de cette spécialisation de principe tend parfois à devenir illusoire en droit positif²²⁹).

Les structures sociales personnifiées à risque limité étant ainsi supposées accueillir une entreprise à but lucratif, l'objet précis de l'entreprise pourra, plus spécifiquement encore, commander le choix d'une structure sociale en particulier²³⁰ ou interdire l'accès à certains types de structures²³¹. Le régime de la fondation ne sera quant à lui octroyé qu'à ceux qui prétendent poursuivre une œuvre d'intérêt général à but non lucratif²³², celui du syndicat à ceux qui œuvrent à la défenses d'intérêts professionnels²³³, etc.²³⁴.

Il n'existe pas, en droit positif, de structure personnifiée à vocation universelle, ou de structure « de droit commun », résiduelle, qui pourrait accueillir le déploiement d'une activité de quelque nature que ce soit, sans restriction eu égard à son but²³⁵. Chaque forme de personne morale de droit positif est affectée à un but générique dont la

²²⁸ V. Sur cette question, *infra*, n°430 et s.

²²⁹ V. *infra*, Partie 2, Titre 1, n° 259 et s.

²³⁰ L'activité de débit de tabac ne peut, par exemple, être exercée sous une autre forme sociale que la société en nom collectif (v. décret n° 2010-720 du 28 juin 2010 relatif à l'exercice du monopole de la vente au détail des tabacs manufacturés, art. 3 et art/ 568 du CGI).

²³¹ V. D. RANDOUX, « La spécialisation des sociétés », in *Mélanges A. Weill*, Dalloz, Litec, 1983, p. 471. Si, originellement, le choix parmi les différents types de structures personnifiées était limité par la nature – commerciale ou civile – de l'entreprise qui devait y être menée, la frontière séparant ces deux catégories de formes sociales, tend à devenir plus poreuse dans la mesure où il est désormais admis qu'une entreprise à objet civil puisse être réalisée sous le bénéfice d'un type de société de « forme commerciale ». La réciproque n'est toutefois pas vraie à ce jour, et la poursuite d'une activité commerciale dans le cadre d'une société conçue pour accueillir une activité civile n'est en principe pas permise. V. par exemple *Rép. Société* Dalloz, « Objet social » par Y. CHAPUT, *précité*, n°40 et s. ; N. JEANDIDIER, « L'imparfaite commercialité des sociétés à objet civil et forme commerciale », *D.* 1979, chron. 7 ; A. DEKEUWER, « Le problème des rapports entre la forme et l'objet des sociétés », *JCP*, éd. CI, 1977. II. 12392.

²³² Art. 18 de la loi n°87-571 du 23 juillet 1987.

²³³ Art. 3 de la loi du 21 mars 1884 relative à la création de syndicats professionnels ; art. L. 2123-1 du Code du travail précité.

²³⁴ Pour autant, il n'est pas rare que la nature d'une activité considérée lui permette de se lover dans une pluralité de structures personnifiées différentes, le choix parmi les différentes possibilités ainsi offert à ses initiateurs n'influencera alors que les modalités de son exercice et sa finalité. Ainsi une même activité de production d'un bien quelconque peut par exemple, sous certaines conditions, se réaliser dans le cadre d'un GIE, d'une association, ou d'une société. En fonction de la structure choisie toutefois, l'exercice de cette même activité sera soumis à des contraintes différentes et ne pourra se faire dans les mêmes modalités.

²³⁵ V. Y. CHAPUT, *th. précitée*, n°25 et s.

nature et les caractères sont toujours définis²³⁶ bien qu'ils le soient de manière inégalement précise.

84. La nécessaire prudence vis-à-vis de l'utilisation des types de personnes morales à d'autres fins que leurs fonctions catégorielles – Bien entendu, l'utilisation de techniques hors de leur lit originel, pour d'autres fonctions et dans d'autres hypothèses que celles pour lesquelles elles furent pensées et créées, est un phénomène aux nombreux précédents, lesquels purent parfois s'avérer fructueux²³⁷. Mais ici plus qu'ailleurs, toute prétention à un déracinement de ces techniques de leur sphère de justification originelle semble devoir être appréhendée avec une particulière circonspection et être soumise à un rigoureux contrôle de son opportunité et de ses incidences. L'opposabilité aux tiers étant une caractéristique essentielle de la personnalité morale²³⁸, une utilisation hétérodoxe d'une structure personnifiée ne limiterait pas le champ de ses effets à ceux qui en seraient les initiateurs – ainsi qu'il en irait en matière de contrat par exemple –, mais affecterait au contraire assez probablement les intérêts de tiers.

85. Ainsi, de la structure choisie, découle un premier degré de spécification du but vers lequel la personne morale doit orienter son activité, tel est le sens du principe de spécialité légale²³⁹. Concernant la structure personnifiée à risque limitée, c'est semble-t-il la notion d'« entreprise » qui paraît la mieux adaptée à rendre compte de l'activité qui peut légitimement s'y déployer. Encore que nous aurons l'occasion de voir que le droit positif donne bien peu d'effectivité à cette spécialité théorique²⁴⁰.

En dépit de l'intérêt croissant que suscite la notion et des gains que ses promoteurs voient dans son utilisation²⁴¹, la doctrine achoppe sur la question de sa définition ;

²³⁶ Rapp. D. RANDOUX, « La spécialisation des sociétés », in *Mélanges A. Weill*, Dalloz, Litec, 1983, p. 471.

²³⁷ V. PERROT, *th. préc.*

²³⁸ V. J. DUCLOS, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, préf. D. MARTIN, LGDJ 1984, n° 241 ; G. WICKER, *th. cit.*, n° 230 et s. et *article préc.* n° 20 ; *addé* : J. PAILLUSSEAU, *article préc.*, spéc. p. 706.

²³⁹ V. sur cette notion notamment, G. WICKER, *art. cit.* ; Y. CHAPUT, *Rép. Société* Dalloz, « Objet social », *précité*.

²⁴⁰ V. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, n° 430 et s.

²⁴¹ *Idem*. On peut trouver notamment dans les travaux de MM. P. DURAND, (« La notion juridique de l'entreprise » in *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Dalloz, 1948, p. 45), M. DESPAX (*L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957), C. CHAMPAUD (*Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962), ou J. PAILLUSSEAU (*La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967), les marques fondatrices d'une nouvelle doctrine qui place au cœur de son système de pensée cette notion d'entreprise. V. pour un historique de la « doctrine de l'entreprise », A. et G. LYON-CAEN, « La doctrine de l'entreprise », in M.

« toute réflexion sur l'entreprise est pour le juriste une incitation à l'humilité »²⁴² estiment ainsi généralement ceux qui s'y essaient. Notion « à géométrie variable »²⁴³, parmi « les plus irritantes qui soient pour un juriste »²⁴⁴, elle opposerait « à toute conceptualisation, une résistance tenace »²⁴⁵. À ce stade toutefois, il semble possible de s'accommoder d'une acception large et consensuelle de la notion²⁴⁶. Dans cette perspective, la définition qu'en donne M. Paillusseau, qui voit en l'entreprise « la réunion d'un ensemble d'éléments affectés à une activité économique »²⁴⁷ peut être retenue. Mais la « spécialisation » du but de la personnalité morale d'une société personnifiée ne s'arrête pas à ce stade, dont il convient de reconnaître le caractère relativement lâche et vague, mais suppose encore une

MOUSSERON et B. TEYSSIE (dir.), *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, pp. 601-621 ; I. TCHOTOURIAN, « Doctrine de l'entreprise et école de Rennes, La dimension sociétale, politique et philosophique des activités économiques affirmée - Présentation d'un courant de pensée au service de l'homme », allocution présentée lors du colloque *L'entreprise dans la société du XXI^e siècle*, Université de Rennes 1, 2011, et disponible sur internet : <http://hdl.handle.net/1866/6212> ; ou encore G. LHUILIER, « Le "paradigme" de l'entreprise dans le discours des juristes », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1993, Volume 48, n°2 pp. 329-358, spéc. p. 331. V. aussi G. FARJAT, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *Revue Internationale de Droit Économique*, 1986, pp. 9-42 ; G. TEUBNER, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *Revue française de gestion*, nov. - déc. 1993, pp. 50-68 ; J. PAILLUSSEAU, « Le big-bang du droit des affaires à la fin du XX^e siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires) », *JCP G*, 1988, I, 3330.

²⁴² N. CATALA, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, p. V.

²⁴³ J. HILAIRE, « Une histoire du concept d'entreprise », *Arch. phil. droit*, n°41, 1997, p. 341-353, spéc. p. 343.

²⁴⁴ A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTD Com.* 1985, pp. 621-644, p. 623.

²⁴⁵ N. CATALA, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, p. V ; v. encore en ce sens, B. MERCADAL, « La notion d'entreprise », *Mélanges F. Déruppe*, Litec, 1991, p. 10-16, spéc. p. 12.

²⁴⁶ V. sur les difficultés de définition de la notion *infra* n° 466 et s.

²⁴⁷ J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967, p. 74 ; v. pour de plus amples développements sur la conception que l'auteur se fait de la notion J. PAILLUSSEAU, « Qu'est-ce que l'entreprise ? », in *L'entreprise : nouveaux apports*, Economica, 1987, p. 11 où l'auteur précise qu'il s'agit d'« une activité (ou des activités) de production, de transformation, de distribution de biens et de prestations de services ou de certaines de ces fonctions. V. pour d'autres définitions, les articles et thèses citées en note *supra* ; ou plus généralement pour un recensement de ces diverses conceptions : B. BAUDRY et V. CHASSAGNON, *Les théories économiques de l'entreprise*, La découverte, 2014 ou encore T. LAMARCHE « La notion d'entreprise », *RTD Com.* 2006, p.709, lequel retient une définition s'écartant certes à certains égards de celle de M. Paillusseau, mais qui place toutefois aussi en son cœur la notion d'activité économique (v. p. 732 : « l'entreprise est un centre autonome de décision exerçant une activité de nature économique. » Si le législateur s'abstient généralement de donner une définition de ce concept qu'il emploie de plus en plus fréquemment, il est possible de trouver dans la législation européenne une définition qui paraît rejoindre celle de M. Paillusseau : v. la directive 98/50/CE du 29 juin 1998, relative au maintien des travailleurs en cas de transmission d'entreprise : la notion de « Transfert d'entreprise » est définie de la manière suivante : « Est considéré comme transfert au sens de la présente directive celui d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens en vue de la poursuite d'une activité économique... Et pour les approches de la science économique, v. not. B. BAUDRY et V. CHASSAGNON, *Les théories économiques de l'entreprise*, La découverte, 2014 ; A. ALCHIAN et H. DEMSETZ, « Production, Information Costs and Economic Organization », *The American economic review*, 1972, p. 777 et s. ; M. JENSEN et W. MECKLING « Theory of the firm. Managerial behavior, agency cost, and ownership structure », *Journal of Financial Economics*, 1976, vol.3, n°4, pp.305-360.

description et une identification de la nature précise de l'activité que les associés envisagent d'y déployer.

§2. L'exigence de détermination de l'objet auquel la personne morale est affectée par voie statutaire

86. La définition de l'objet statutaire de la personne morale – L'idée de l'affectation de ces structures à un but déterminé ne s'épuise pas dans cette exigence, somme toute assez classique, de cantonnement de l'utilisation de chacun de ces instruments juridiques – que sont les structures personnifiées – au but pour lequel elles furent créées et qui irrigua le façonnement de leur régime respectif.

Au-delà de l'exigence traditionnelle d'utilisation de ces instruments pour les hypothèses génériques pour lesquelles ils furent conçus, c'est en effet une spécification précise du but auquel va singulièrement servir la personne morale dont le bénéfice est réclamé qui est exigé. L'objet précis de l'activité qui compte être menée grâce à cet instrument doit en effet être précisé et défini expressément par ses utilisateurs (à moins qu'il ne ressorte avec suffisamment d'évidence de l'objet catégoriel de la structure personnifiée utilisée, rapporté au contexte de son utilisation²⁴⁸). C'est d'ailleurs en considération de ce but, de cette activité précise, que pourra être déterminé l'intérêt spécifique de la personne morale, considéré par beaucoup comme pierre angulaire de la notion²⁴⁹. Pour accéder par exemple au

²⁴⁸ Certaines catégories de structures personnifiées sont en effet légalement réservées à un type d'utilisation si précis qu'il serait superflu d'astreindre leurs utilisateurs à une définition explicite de l'activité qu'ils comptent mener. Tel est le cas lorsque l'objet de l'activité peut aisément se déduire de la spécialité légale de la structure choisie, rapportée au contexte de son utilisation. Ainsi lorsque la masse des créanciers était personnifiée, il aurait été inutile d'exiger de ses membres une définition de l'objet de son activité: regroupant les créanciers d'un même débiteur défaillant pour la défense de leurs droits dans la procédure collective, la seule définition légale de cette structure personnifiée suffit à se figurer l'objet de son activité sans qu'il ne soit besoin d'une définition expresse supplémentaire (une masse de créanciers considérée avait ainsi pour objet de défendre et de faire valoir les droits de ses membres au sein de la procédure collective visant leur débiteur commun). Un raisonnement similaire peut être tenu pour les comités d'entreprise ou d'établissement par exemple ou un syndicat de copropriétaires.

Mais il en va différemment d'autres types de structures comme la société, l'association ou encore la fondation pour lesquelles la définition légale de l'activité qui compte y être menée est trop imprécise en dépit des quelques renseignements qu'elle donne (par exemple le fait que l'activité est ou non à but lucratif selon que l'on se trouve en présence d'une association ou d'une société ; ou encore si l'activité d'une société est de nature civile ou commerciale, etc.).

²⁴⁹ Bien qu'une bataille théorique – tenant tant à la question de l'essence du droit subjectif qu'à celle de la personnalité morale – ait opposé les tenants de la « volonté propre » à ceux de « l'intérêt propre » comme caractéristique essentielle de la personnalité morale, cette idée selon laquelle la

régime de l'association personnifiée, encore faudra-t-il préciser les contours de l'activité à but non lucratif qu'il est envisagé de mener²⁵⁰ ; pour prétendre au bénéfice du régime d'une société personnifiée, de spécifier la nature de l'activité à but lucratif qui compte être déployée par une définition de l'objet social²⁵¹.

Ainsi, le régime des sociétés personnifiées est-il en principe conçu de telle sorte que la prétention à la poursuite d'un tel but et son identification sont des conditions d'accès à la personnification²⁵². Corrélativement, la disparition de ce but – parce

personne morale suppose la caractérisation et la défense d'un intérêt autonome et déterminé, la poursuite d'un but spécifique, paraît aujourd'hui largement admise (V. par exemple la conception de M. Hauriou de l'institution: « une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social », étant entendu que c'est « pour la réalisation de cette idée » qu'« un pouvoir s'organise qui lui procure ses organes » (M. HAURIOU, «La théorie de l'institution et de la fondation», in *La Cité moderne et les transformations du droit*, p. 1-147, 1925 ; p. 10). Comp. L. MICHOU, (*La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 1re éd., 1906-1909, n°53) pour qui la personnalité morale suppose « un intérêt distinct des intérêts individuels ; une organisation capable de dégager une volonté collective qui puisse représenter et défendre cet intérêt » ; et pour une défense plus récente de la thèse selon laquelle la personnalité morale est assise sur la notion d'« intérêt » : N. MATHEY, *Recherches sur la personnalité morale en droit privé, op. cit.*). Or, cette idée d'intérêt propre paraît inextricablement liée à l'affectation de la personne morale à un but, une œuvre ou une activité précise, car le but auquel la personne morale est affecté serait la boussole permettant la détermination de son intérêt (en ce sens N. MATHEY, *th. cit.*, p. 71 : l'auteur définit l'intérêt dont la personne morale doit être porteur comme « l'activité finalisée ou encore la poursuite d'un but par des moyens déterminés »).

²⁵⁰ Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, art. 5 al. 2.

²⁵¹ V. sur cette notion Y. CHAPUT, *L'objet social des sociétés commerciales*, thèse, Clermont, 1973 et *Rép. Sociétés* Dalloz, entrée « objet social ». L'auteur donne de la notion la définition suivante : « L'objet social s'entend de l'ensemble des activités déterminées par les statuts qu'une société peut exercer. L'objet social ne se confond donc pas juridiquement avec la description de l'activité de l'entreprise. Présentation statutaire d'un programme, l'objet social est un contenant, limitant les virtualités d'action de la société » (art. cit., §1). V. dans le même sens, J. PAILLUSSEAU, art. cit. §26, p. 715 : « l'objet statutaire étant la description dans les statuts de l'activité pour laquelle la société a été constituée », v. aussi R. BESNARD-GOUDET, *J. Class. Société Traité*, v° « Objet social– Influence sur les pouvoirs des dirigeants » fasc. 9-20 « L'objet social détermine un programme d'activités potentielles que la société se propose d'exercer au cours de la vie sociale ».

²⁵² Deux réserves doivent être apportées à ce stade, témoignant d'un affaiblissement de la vigueur des principes sur lequel il sera plus loin, l'occasion de revenir. La première a trait à une dilution du contenu de cette exigence, la seconde à l'errance de sa sanction. C'est en premier lieu l'étendue même de ce que recouvre l'objet social qui, en pratique, tend à croître. Si l'objet social « universel » doit être considéré comme prohibé (Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 23^{ème} éd. 2019, n° 73 ; Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés*, LGDJ 2002, 5e éd., n° 21 ; B. MERCADAL, Ph. JANIN, et B. ZABALA, *Mémento Francis lefebvre, Sociétés commerciales*, n° 1860) – en ce qu'il équivaldrait à une absence d'objet social (v. en ce sens, *Rép. Société* Dalloz, « Objet social » par Y. CHAPUT, *précité*, n°22 ; M. GAUBUSSEAU, *L'objet des sociétés*, Thèse dactyl. Paris 1948 ; v. pour une présentation des variantes de justifications de cette prohibition R. BESNARD GOUDET, *J. Class. fasc. 9-10 préc.* n°9 et les auteurs cités)–, rien ne paraît interdire un « objet social en mille-feuilles » (M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.* n°194, p. 71) ; de fait, la pratique d'une description très large de l'objet social paraît assez courante et ne pas être sanctionnée par les tribunaux (v. par exemple, Cass. com., 8 oct. 2013, no 12-25.192, *Rev. sociétés* 2014. 313, note M. SCHLUMBERGER ; et plus généralement sur cette question P. CORDONNIER, « L'objet social », *D.* 1952, chron. 171, spéc. p. 175). En second lieu, si la détermination de l'objet social dans les statuts sociaux est bien exigée par le législateur (art. 1835 du Code civil et L. 210-2 du Code de commerce), aucune sanction n'est prévue en cas d'omission et, en matière de sociétés commerciales, la nullité ne saurait être prononcée faute de texte la prévoyant expressément (en vertu de l'art. L235-1 du Code de commerce siège du principe « pas de nullité sans texte » en matière de sociétés commerciales) sauf à assimiler objet social et objet du contrat, ce qui n'est pas admis par l'ensemble de la doctrine (v. *Rép. Société* Dalloz, « Objet social »

qu'atteint ou devenu impossible – entraîne en principe *ipso facto* la déchéance de la personnalité morale²⁵³.

87. Le refus des personnes morales *sui generis* à objet universel – Ces règles paraissent révélatrices d'une ligne théorique fondamentale de notre droit positif : il n'est pas admis – encore que ce refus puisse sembler de moins en moins effectif²⁵⁴ – que les individus puissent disposer, en plus de leur personnalité juridique propre, d'une sorte d'« avatar juridique » à objet indéterminé et donc universel, qu'ils pourraient en conséquence engager à loisir à leur place²⁵⁵. C'est seulement pour la poursuite d'une certaine activité, spécifiée et conforme à certains standards, qu'il est admis que les individus puissent ne pas engager leur personnalité propre et jouir de ce régime²⁵⁶. L'accès à la personnalité morale paraît ainsi structurellement adossé à une activité précise et c'est la réalisation de celle-ci qui justifie l'octroi du bénéfice de ce régime ; ce qui revient à dire

par Y. CHAPUT, *précité*, n°5 ; et inversement en faveur de cette interprétation, par exemple G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^{ème} éd., n°642). Cela étant dit, la constitution d'une société commerciale personnifiée suppose l'approbation du greffier chargé du registre du commerce et des sociétés, lequel opposera en principe un refus aux requêtes qui ne respecteraient pas cette exigence de détermination de l'objet social (« le greffier, sous sa responsabilité, s'assure de la régularité de la demande » : art. R. 123-94 du Code de commerce ; il « vérifie en outre que la constitution et les modifications statutaires des sociétés commerciales sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent » : art. R. 123-95, al. 2 du Code de commerce). Symptomatique encore d'une atténuation de l'importance de l'exigence de détermination de l'objet social, on peut relever la modification terminologique des dispositions relatives aux mentions devant figurer dans la demande d'immatriculation : la notion d'« objet social » y a disparu, et il n'est plus exigé désormais que les fondateurs décrivent les « activités principales » de la société (art. R. 123-53 du Code de commerce).

²⁵³ Art. 1844-7, 2° du Code civil pour les sociétés. La solution est identique en matière d'association (v. *Encyclopédie Dalloz de droit civil*, v° Association, D. HIEZ, n°255), la Cour de cassation semblant même être plus exigeante qu'en matière de société à en croire cet arrêt où il est fait droit à une demande de dissolution d'une association qui, bien que toujours dotée d'un objet sociable réalisable, ne le poursuivait plus en pratique : v. Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007 (n° 05-21.658, inédit, *JCP* 2007. II. 10105, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 91, F.-X. LUCAS ; *Bull. Joly* 2007, 873, obs. F. SAUVAGE).

²⁵⁴ V. *supra* note 252 et *infra* Partie 2, Titre 1, n° 259 et s.

²⁵⁵ Si tel n'est pas l'état du droit positif, qui n'accepte la création d'une personne morale qu'à la condition que soit justifié de son affectation à une activité spécifique, à la défense d'un intérêt particulier, la « spécialité » de la personnalité morale, ne semble pas être une caractéristique qui relève de l'essence de la technique. En effet, aucun argument ne nous paraît de nature à exclure de manière nécessaire, la possibilité théorique d'une « personnalité morale » non spécifique : rien dans l'essence logique de cette technique ne semble interdire qu'un ordre juridique admette que les individus puissent créer une personnalité morale « générale », pouvant servir discrétionnairement aux divers aspects de leur vie juridique : les individus, seraient alors libre de choisir d'engager ou bien leur personnalité propre, ou bien la personne morale qu'ils contrôlent. Naturellement une telle solution ne serait probablement pas gage d'une très bonne justice au regard de la latitude qu'elle offrirait aux individus pour moduler en toute circonstance le traitement juridique qui leur serait applicable, elle n'en est pour autant pas techniquement impossible : il suffirait pour cela d'un choix politique. Cette opinion va au rebours de certaines thèses – principalement rattachables au courant de la « théorie de la réalité » – qui considèrent l'intérêt spécifique comme consubstantiel à la personnalité morale (v. note *supra*).

²⁵⁶ Comp. Cass. civ. 28 janv. 1954, Saint-Chamond, *précité* et les remarques faites en note *supra*.

que ce but spécifique, cette activité dont les contours doivent être définis et conformes à certains standards, sont en principe la raison d'être d'une personne morale²⁵⁷.

Ainsi, les dispositions régissant le régime de la société personnifiée sont elles conçues afin d'offrir le réceptacle juridique permettant l'organisation et l'accès à la scène juridique d'une certaine activité à but lucratif, voire d'une certaine *entreprise*. Et c'est par conséquent à la condition qu'il soit justifié de la volonté de poursuivre une telle activité, et dans la seule mesure où cette activité peut être poursuivie que le bénéfice de l'accès au régime de la personnalité morale est conféré.

88. Les raisons qui commandent une telle prohibition – Remarquons que la relation étroite qui unit ainsi la personnalité morale à l'activité à laquelle elle est censée servir n'est sans doute pas pour autant frappée du sceau d'une nécessité impérative. Le cantonnement de la personnalité morale à un objet ou à une activité précise et déterminée ne relève vraisemblablement que d'un choix politique que le législateur serait en mesure de renverser en permettant aux individus la création de personnes morales dont le champ d'activité serait illimité dès lors que, techniquement, une telle solution ne paraît nullement irréalisable²⁵⁸. Mais sur un plan politique, les conséquences pratiques d'un tel choix appelleraient, dans certaines configurations, les plus vives réserves. Car la personnalité juridique est, en l'état actuel du droit positif et de sa représentation conceptuelle commune, le siège de l'imputation des effets de droit que l'ordre juridique édicte afin de réaliser sa fonction directrice des comportements et répartitrice des bienfaits, des richesses et des peines. Permettre aux sujets de l'ordre juridique de disposer en plus de leur personnalité propre, de personnalités de substitution qui, puisque non affectées à une activité précise, pourraient être engagées – et abandonnées – par les individus qui les manœuvreraient au gré de leurs calculs individuels, aurait inmanquablement de graves conséquences sur l'effectivité du droit²⁵⁹.

Si par exemple, en l'état du droit positif, le législateur venait à faire ce choix, ce serait alors discrétionnairement que les individus choisiraient de faire subir les conséquences de telle ou telle de leurs actions à l'un ou l'autre de leurs avatars, quitte

²⁵⁷ V. J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.* 1993, p. 705-736, spéc. p. 713 et s., l'auteur expose que l'« autonomie juridique de l'exercice d'une activité » constitue l'un des deux fondements de la personnalité morale en droit contemporain. « Sans objet, une société n'a pas de raison d'être » affirme-t-il (n°26, p. 715).

²⁵⁸ V. en ce sens Y. CHAPUT, *th. précitée*, n°15 et v. *supra* note 255.

²⁵⁹ Rapp. *supra* Introduction, n° 11 et s. et *infra* n° 679 et s.

à, par une simple formalité, se débarrasser de ceux de ces derniers qui apparaîtraient trop gravement compromis. L'effectivité du droit et la réalisation de ses fonctions premières s'en trouveraient assez certainement entravées.

89. Aussi, si certains besoins sociaux peuvent rendre utile le recours aux personnalités de substitution, il paraît impératif de limiter leur utilisation aux seules hypothèses que ces besoins désignent et d'exiger la justification et la détermination d'une activité précise à laquelle l'utilisation de cette technique sera cantonnée²⁶⁰.

Si, comme cela vient d'être vu, c'est en principe pour la poursuite d'une activité déterminée que le droit positif confère le bénéfice de la personnalité morale, l'ordre juridique devrait, en bonne logique, limiter ensuite l'utilisation effective de la personnalité morale – une fois celle-ci « parvenue au monde juridique » – à l'activité qui justifie son existence. Le droit positif devrait, en d'autres termes, se doter de moyens garantissant l'affectation effective de la personnalité morale conférée au but ou à l'activité qui en a justifié l'octroi, cantonner les « virtualités d'actions »²⁶¹ de la personne morale à ce que l'activité qui justifie son existence requiert.

C'est sur cette logique qu'en son principe le droit positif s'est construit, encore qu'aujourd'hui on puisse douter de sa parfaite réalisation.

En découle l'existence d'un certain lien causal de principe entre les dettes dont le patrimoine social est grevé et l'activité pour laquelle la société fut constituée.

Sous-Section 2 - La poursuite de l'objet social pour cause finale des dettes sociales

90. Prolongement de la logique d'affectation au stade des règles de fonctionnement de la personne morale – La logique d'affectation qui gouverne le régime d'accès à la vie juridique des personnes morales a vocation à se prolonger au sein des règles organisant leur fonctionnement. Le système juridique manquerait certainement en rigueur et en cohérence s'il prétendait exiger l'affectation de la personnalité juridique de la

²⁶⁰ Idem.

²⁶¹ *Rép. Société* Dalloz, « Objet social » par Y. CHAPUT, *précité*, n°1.

personne morale à une certaine activité pour sa constitution, sans se doter des moyens de s'assurer, une fois la personne morale parvenue à la vie juridique, du cantonnement effectif de l'utilisation des attributs de la personnalité conférée à la poursuite effective du but proclamé.

Un tel cantonnement se réalise essentiellement par ce qu'il est convenu d'appeler la spécialité de la capacité de la personne morale : concédée pour un but donné, son utilisation ne saurait en bonne logique en dépasser les limites. Les droits dont la personne morale est titulaire, les biens dont elle est propriétaire et plus généralement tous les attributs qui découlent de cette personnification doivent partant être employés en direction de la poursuite du but qui justifia son existence²⁶². Mais si la logique de la personnification semble commander une telle limite, d'autres impératifs – comme celui tenant à la sécurité juridique – nuancent cependant la rigueur de son application.

91. Cette affectation de la personne morale à son but au cours de son « existence », cette « spécialité » qui borne sa capacité, trouvent essentiellement à se réaliser au sein du mécanisme régissant sa représentation, lequel permet à la personne morale l'accès effectif et dynamique à la scène juridique, et plus généralement, par l'organisation des pouvoirs qui sont conférés aux organes de la personne morale. Cette dernière ne pouvant « agir » par elle-même, son action sur la scène juridique – par laquelle se détermine essentiellement son traitement juridique, les effets juridiques qu'elle est appelée à supporter – dépend des actions qui lui sont imputées et qui sont réalisées matériellement par les individus qui ont mission et pouvoir de la représenter.

Or la mission de ces derniers étant définie et bornée par cette boussole que constitue l'objet social, le régime de la personne morale est par principe construit de telle sorte qu'elle ne puisse se voir imputer d'actions, pour la détermination de son traitement juridique, que dans le cadre de la poursuite de cette activité. De même, le régime de la personne morale est généralement construit de sorte que les droits dont elle est titulaire, les biens dont elle

²⁶² Si cette logique semble valoir pour chacune des déclinaisons de la technique de la personnalité morale que connaît notre droit positif, les limites et les buts de cette étude commandent que la réalisation effective de cette logique soit essentiellement vérifiée au sein des régimes de sociétés personnifiées et plus particulièrement au sein des formes de sociétés qui garantissent à leurs membres une limitation de leur responsabilité.

est propriétaire, ne puissent être utilisés que dans le cadre de la poursuite de son objet social et conformément à l'intérêt social²⁶³.

92. Ce cantonnement des possibilités d'action de la personne morale sur la scène juridique, duquel découle une affectation des biens et droits dont elle est riche, est porteur d'enseignements quant à la cause des dettes dont le patrimoine de la société personnifiée sera grevé.

En effet, tant les dettes qui trouvent leur élément déclencheur dans un acte juridique (§1), que celles qui sont la conséquence d'un fait juridique imputé à la personne morale (§2), sont structurellement supposées trouver leur cause dans la poursuite de l'activité à laquelle la société est affectée, et ce en raison du cantonnement de principe de l'action de la personne morale à ladite activité.

De même enfin, les dettes dont l'élément déclencheur réside dans la simple détention de droits ou de biens, et dont la personne morale peut être tenue, peuvent également être analysées comme trouvant leur cause dans la poursuite de l'objet social dès lors que les biens et les droits dont la personne morale est riche sont en principe strictement affectés à la poursuite de l'activité en question. Attachées à la détention des moyens de réalisation de cette activité, ces dettes d'un troisième type apparaissent également comme des charges de la poursuite de cette activité (§3).

93. Remarques préliminaires – Avant de poser un bref regard sur les mécanismes supposés régir le cantonnement de l'utilisation des attributs de la personnalité morale à la seule activité qui justifie son existence, il convient de préciser que notre propos ne consiste pas à prétendre que, de fait, toute dette rattachée au patrimoine de la société peut effectivement s'expliquer par un lien pertinent avec l'activité que celle-ci a pour objet d'exploiter. Un tel lien doit plutôt être considéré comme l'une des lignes directrices gouvernant la construction de la structure du régime de la personnalité morale. Pour autant, certaines contraintes de nature technique, un relâchement de la vigilance des juristes, ainsi que certains compromis concédés à certains impératifs tiers ont pu naturellement conduire à une réalisation imparfaite de cet objectif.

²⁶³ Notion récemment intégrée à l'article 1833 du Code civil qui dispose désormais : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt social ».

Aussi, si l'existence d'un lien pertinent entre l'activité justifiant la personnalité juridique de la société et les circonstances entourant la naissance des dettes qui lui sont rattachées est certainement l'une des lignes matricielles de l'architecture des sociétés personnifiées, il serait pour autant excessif de prétendre à sa réalisation effective systématique en droit positif²⁶⁴.

Il n'est pas toujours aisé de déterminer les agissements qui peuvent se rapporter à l'exercice d'une activité donnée, encore moins de déterminer les caractéristiques essentielles et discriminantes de ceux-ci afin d'échafauder un concept utile à les isoler pour faire de celui-ci le critère d'imputation d'agissements humains à la personnalité morale de la société.

Surtout, à supposer que de tels critères de qualification soient découverts, encore faudrait-il que leur mise en œuvre soit suffisamment simple pour permettre à ceux dont les intérêts sont susceptibles d'être affectés par cette qualification de déterminer en amont à quelle personne juridique un comportement donné sera juridiquement attribué. Ainsi, les associés, les organes représentants ou encore les tiers qui entrent en relation avec un organe social, ont par exemple un besoin vif et légitime de disposer d'un outil fiable et simple permettant d'identifier la personne juridique à laquelle seront rattachés les conséquences d'un agissement donné. Aussi, n'est-il pas surprenant que le droit positif ait pu être construit en sacrifiant notamment à l'exigence de clarté, de sécurité ou de prévisibilité juridique, une parfaite cohérence du mécanisme de la personnalité morale tel que nous le concevons, reposant sur une circonscription effective des capacités juridiques de l'être moral à la seule activité qui justifie son existence.

La mise en évidence de cette arrête architecturale du régime de la société personnifiée – et par là de la cause présumée des dettes qui lui sont rattachées – reste, en dépit de l'imperfection de sa réalisation, une des meilleures manières de comprendre la responsabilité de principe que l'associé encourt subsidiairement pour ces dettes²⁶⁵. Il reste donc à donner quelques précisions sur certains des points qui ont permis d'aboutir aux assertions évoquées.

²⁶⁴ V. *infra* Partie 2 pour plus de précisions concernant l'éloignement du régime contemporain de la personne morale vis-à-vis de ses lignes directrices initiales et la perte d'effectivité et de sens des instruments qui initialement donnaient au régime une structure cohérente.

§1. La réalisation du principe de spécialité par le mécanisme de représentation de la société personnifiée

94. Le principe de spécialité et ses répercussions au stade de la représentation de la personne morale – C'est pour la réalisation d'un certain but que la personne morale existe²⁶⁶ et c'est, de ce fait, dans la limite de ce qu'appelle ce but que les attributs de la personnalité doivent être octroyés et utilisés²⁶⁷ ; autrement dit, « la personne morale n'ayant d'existence que dans la limite de l'intérêt qui la fonde, il s'ensuit logiquement que sa spécialité marque les limites de sa capacité de jouissance »²⁶⁸.

Pour exercer l'activité qui justifie son existence, réaliser les droits et engager les biens dont elle est titulaire, la personne morale a besoin du concours d'individus humains qui lui prêteront leurs comportements par le biais d'un mécanisme de représentation. Mais si les organes de la personne morale disposent du pouvoir de représenter celle-ci, et de ce fait, de disposer juridiquement de ses biens, d'exercer juridiquement ses droits et plus généralement, de l'engager par le biais d'actes juridiques, ce pouvoir n'est pas sans borne : c'est essentiellement à ce stade que se réalise le jeu du « principe de spécialité », garant de l'affectation de la personne morale à son but.

En matière de sociétés personnifiées, et contrairement à d'autres types de personnes morales, le législateur ne semble pas avoir jugé utile de poser des restrictions de capacité qui seraient fonction de la nature des actes, en excluant ceux qui, par nature, seraient incompatibles avec l'activité que la personne morale doit déployer²⁶⁹.

²⁶⁵ V. *infra* Section 2, n° 121 et s.

²⁶⁶ V. *supra* Sous-Section 1, n° 81 et s.

²⁶⁷ V. not. pour une conception fonctionnaliste de la technique, J. P. GASTAUD, *op. cit.*

²⁶⁸ G. WICKER, *art. cit.* n°72, v. dans le même sens, F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Les personnes*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2012, n°275, p. 261 : « alors qu'une personne physique dirige son activité juridique à son gré, sous réserve de l'ordre public et des règles relatives à l'exercice des professions, une personne morale est créée pour l'exercice d'une activité déterminée, la personnalité lui étant reconnue dans un but particulier : elle doit se spécialiser dans son activité juridique, elle ne doit accomplir que ceux des actes juridiques qui correspondent à son objet ».

²⁶⁹ Pour certaines catégories de personnes morales, le législateur édicte parfois des incapacités spéciales, relatives à certains types d'actes : par principe ainsi, les associations simplement déclarées et les fondations d'entreprise sont par exemple, frappées d'une incapacité de recevoir à titre gratuit (L. 1^{er} juill. 1901, art. 6 ; L. 23 juill. 1987, art. 19-3 et 19-8). En matière de sociétés personnifiées, de telles restrictions catégorielles n'existent pas même si, selon certains auteurs, la finalité même de la société implique l'exclusion de la capacité à certains actes, comme la réalisation de donations par exemple (v. en ce sens *Rép. Société* Dalloz, « Objet social » par Y. CHAPUT, *précité*, n°9). Cette

Le cantonnement du bénéfice de la personnalité à l'activité qui justifie son existence passe seulement par un contrôle de la finalité de l'acte passé. Les organes, représentants de la personne morale disposent ainsi en principe du pouvoir d'agir en son nom et pour son compte sans limitation quant à la nature des actes, tant que ces actes peuvent se rapporter à la poursuite de l'objet social²⁷⁰.

Ce cantonnement des pouvoirs des organes au but, à l'objet de la personne morale qu'ils représentent, est une des arrêtes structurelles de la technique, à l'œuvre dans chacune des déclinaisons qu'en connaît le droit positif encore que la sanction de cette règle peut varier nettement d'un type de structure personnifié à l'autre²⁷¹.

L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations était venu consacrer expressément ce principe de spécialité statutaire des personnes morales à l'article 1145 du Code civil par une disposition générale portant que « la capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles »²⁷². Mais face aux nombreuses interrogations suscitées par la référence à la notion d'acte « utile » à l'objet social, la disposition fut finalement supprimée par la loi de ratification du 20 avril 2018²⁷³.

95. Il reste cependant que la portée et l'effectivité de ce principe sont susceptibles de varier en fonction d'une part de l'acceptation et des instruments conceptuels servant à circonscrire ce qui doit être entendu comme un acte relevant de l'objet de la personne

opinion, qui se fonde sur l'incompatibilité de la finalité désintéressée de la donation avec la finalité lucrative de la société, est toutefois surprenante au regard de la pratique des fondations d'entreprises, dont les fondateurs ne sont le plus souvent que des sociétés personnifiées, (v. ainsi par exemple la constitution de la fondation d'entreprise Louis Vuitton dont les fondateurs ne sont que des sociétés anonymes et des SNC ; v. *J.O.* du 18 nov. 2006, annonce n°2254, parution n° 20060046). De fait, les tribunaux semblent valider les actes à titre gratuit émanant de sociétés personnifiées à condition qu'ils revêtent un caractère exceptionnel (Cass. com., 22 mai 1970 ; *Bull. civ.* 1970, IV, n° 166 ; Cass. soc., 10 juill. 1975 ; *Rev. sociétés* 1976, p. 326, note Y. GUYON). V. généralement sur ces questions G. WICKER, *art. cit.* n°63 et s.

²⁷⁰ V. G. WICKER, *art. cit.* n°63 et s.

²⁷¹ V. not. G. WICKER, *art. cit.* n°71.

²⁷² Art. 1145 al. 2 du Code civil.

²⁷³ V. *Rep. Civil* Dalloz, « personnalité morale » par G. WICKER, *art. cit.*, n°74 ; P. MOUSSERON, « Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social », *D.* 2016, p. 906 ; M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, p. 900.

morale considérée et, d'autre part, de la sanction qui garantit le respect de cette affectation²⁷⁴.

Or si la sanction qui paraît la mieux à même d'assurer cette affectation de la personnalité juridique au but qui la fonde semble être la nullité des actes qui s'avéreraient étrangers à ce but et qu'un tel effet reste toujours érigé au rang de sanction de principe²⁷⁵, les inconvénients que cette sanction comporte pour la sécurité juridique ont conduit le législateur – ainsi que, selon certains auteurs, la jurisprudence²⁷⁶ – à en aménager la rigueur en certaines hypothèses.

96. L'atténuation de principe en matière de sociétés offrant le bénéfice de la limitation de la responsabilité à leurs membres – En matière de sociétés à risque limité²⁷⁷, le législateur fit, en 1966, le choix d'atténuer la vigueur du principe de spécialité en admettant en certaines hypothèses la validité de l'acte passé prétendument pour le compte de la personne morale bien qu'étranger à son objet²⁷⁸. À moins que le

²⁷⁴ Sur ce point, v. *supra*, Sous-Section 1, spéc. note 252 : la sanction du défaut de définition de l'objet social dans les statuts tend à se déliter, tandis que le degré de précision exigé dans la délimitation de l'objet paraît extrêmement lâche, la jurisprudence validant la pratique d'une définition de l'objet social « en mille feuille » (*idem*).

L'évanescence de l'exigence de détermination d'objet social qui en résulte, a inmanquablement une incidence sur l'effectivité du cantonnement de l'utilisation de la personne morale à son objet.

²⁷⁵ V. not. Y. CHAPUT, « L'influence de l'objet social sur les pouvoirs des représentants des sociétés autres que les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée », *JCP N*, 1987. I. 304 ; J. PICARD, « L'acte conclu par un dirigeant avec dépassement de ses pouvoirs : nullité/inopposabilité », *Dr. sociétés* 1998, chron. p. 6 ; R. BESNARD-GOUDET, *J. Class. Société Traitée*, v° « Objet social – Influence sur les pouvoirs des dirigeants » fasc. 9-20 ; G. WICKER, *art. cit.*

²⁷⁶ Sur la question de savoir si la jurisprudence doit être interprétée comme faisant, ou ayant fait usage de la théorie du mandat apparent ou de l'erreur légitime pour valider des actes qui dépasseraient les limites de l'objet social, devant ou complétant par là, les aménagements législatifs issus de la loi du 24 juil. 1966 (sur laquelle v. les développements *infra*) : v. R. BESNARD-GOUDET, *art. cit.* n° 39 et la jurisprudence citée. Selon cet auteur, une interprétation de la jurisprudence en ce sens serait erronée ; v. aussi N. XUAN CHANH, « Le sort des actes accomplis irrégulièrement au nom d'une société commerciale », *D.* 1978, 1, p. 69, n°4 et n°9 ; v. pour l'opinion inverse Y. CHAPUT, « L'influence de l'objet social sur les pouvoirs des représentants des sociétés », *JCP N* 1987, p. 304, ainsi que G. WICKER *art. cit.*, n°71 qui toutefois, ne semble viser aucun arrêt à l'appui de son affirmation. La jurisprudence semble en revanche assez clairement admettre l'utilisation du mandat apparent pour valider les actes passés par les dirigeants en violation des limitations statutaires de leurs pouvoirs, v. not. Cass. Ass. Plén. 13 déc. 1962, *D.* 1963, jp. 277, n. J. CALAIS-AULOY ; *JCP* 1963 II, 13105, n. P. ESMEIN et plus généralement P. LEÛCOT, « Le mandat apparent », *JCP* 1964, I, 1826 ; J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, th. Montpellier 1959, n°54 et s.

²⁷⁷ Plus précisément, en matière de société à responsabilité limitée et de sociétés par actions selon les termes de la loi du 24 juill. 1966, v. note *infra*.

²⁷⁸ Cette atténuation résulte de la loi du 24 juill. 1966 qui prévoit que « dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes des dirigeants qui ne relèvent pas de l'objet social » (V. L. 24 juill. 1966, art. 93,

113, 124 et 255 ; comp. Dir. CEE n°68/151 du 9 mars 1968 applicable aux sociétés anonymes, sociétés par actions simplifiées, SARL et sociétés en commandite par actions ; V. aussi N. XUAN CHANH, « Le sort des actes irrégulièrement accomplis au nom d'une société commerciale », *D.* 1978, chron. 69).

cocontractant n'ait eu connaissance du dépassement des limites de l'objet social que réalisait l'acte considéré, la société ne pourra se prévaloir de la méconnaissance de sa « spécialité » pour obtenir la nullité de l'acte. La société sera engagée par celui-ci et ne pourra que se retourner contre son organe auteur du dépassement²⁷⁹. Le soin de garantir la sécurité juridique et la prise en compte de l'entrave à la fluidité des échanges commerciaux que représenterait le risque d'une nullité de l'acte pour le cocontractant de la société emportèrent une telle atténuation²⁸⁰.

97. La survie du principe en dépit de l'atteinte portée – Toutefois, si cette atténuation, commandée par un impératif étranger à la logique propre du mécanisme, porte une atteinte certaine à la cohérence de la construction de la personnalité morale, la dissuasion qui découle de l'engagement de la responsabilité personnelle du représentant peut, à tout le moins, entraîner *de facto* une interdiction de l'utilisation des attributs de la personnalité morale en dehors de son champ de justification de nature à garantir le respect du principe de spécialité. L'organe représentant de la société se verra en effet, en principe, incité à éviter de contracter au nom de la personne morale au-delà de son objet social par la crainte de la mise en jeu de sa responsabilité personnelle.

En outre, puisque cette atténuation de la vigueur du principe de spécialité fut édictée pour protéger les intérêts légitimes du tiers cocontractant, il doit s'en déduire que dès lors que ces intérêts n'y font plus obstacle – ce qui est le cas dans l'hypothèse où les intérêts du tiers ne sont pas légitimes (lorsque le tiers est conscient du dépassement que réalise l'acte qu'il conclut²⁸¹), ou dans l'hypothèse où c'est le tiers qui est l'auteur de la demande en nullité – la sanction de principe retrouve application et c'est de nullité qu'est frappé l'acte passé en dépassement de l'objet social²⁸².

²⁷⁹ Art. 1850 du Code civil, art. L223-22 et L225-251 du Code de commerce ; v. *Rép. Société* Dalloz, « Objet social » par Y. CHAPUT, *précité*, n°46 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.* n°413, p. 171 et n°430 p. 182.

²⁸⁰ Il reste que le tiers cocontractant semble pouvoir, quant à lui, se prévaloir de ce dépassement pour obtenir la nullité, v. *Rép. Société* Dalloz, « Objet social » par Y. CHAPUT, *précité*, n°55 ; rappr. Cass. 2e civ. 23 oct. 1985, *Rev. sociétés* 1986.408, note B. BOULOC). V. note *infra*.

²⁸¹ La loi réserve ainsi la solution selon laquelle la société est engagée malgré le dépassement de l'objet social de son représentant dans l'hypothèse où le cocontractant « savait que l'acte dépassait l'objet social ou ne pouvait l'ignorer » (art. L. 223-18, L. 225-35, L. 225-64, L. 226-7 du Code de commerce).

²⁸² V. *supra* note 280 : la jurisprudence semble admettre l'action en nullité exercée par le tiers en cette circonstance. Cette solution fait toutefois l'objet de débats en doctrine (v. *Rép. Société* Dalloz, « Objet social » par Y. CHAPUT, *précité*, n°63). Pourtant, c'est a priori bel et bien une incapacité de jouissance – traditionnellement sanctionnée par la nullité absolue – que marque la limite de l'objet social et non une incapacité d'exercice (v. D. HIEZ, *art. cit.* n°329 ; cette idée semble irriguer la

98. Aussi, malgré les atténuations rendues nécessaires par la prise en compte de l'exigence de sécurité juridique et de fluidité des transactions, le régime de la représentation reste théoriquement construit de manière à ce que ceux qui disposent du pouvoir d'engager le patrimoine ou les biens de la société et d'exercer ses droits, n'usent de ces prérogatives qu'aux fins de poursuite de l'objet social²⁸³. Et, même en matière de SARL et de sociétés par actions depuis la loi du 24 juillet 1966, la sanction reste en principe la nullité des actes qui outrepasseraient les limites de l'objet social de la société chaque fois que le soin de préserver la sécurité des tiers contractants ne s'y oppose pas²⁸⁴.

pensée des rédacteurs de l'article 1145 l'ordonnance du 10 février 2016, bien que cette disposition ne fut finalement pas retenue par la loi de ratification de 2018, v. *supra* n° 94). Prétendre que la nullité est de nature relative et que son action n'appartient qu'à la personne morale reviendrait à oublier que l'impossibilité pour les organes d'une personne morale de représenter celle-ci au-delà de son objet, découle essentiellement du principe de spécialité des personnes morales, et que, contrairement aux mesures d'incapacité d'exercice (celle affectant le mineur ou le majeur protégé par exemple), ou de l'hypothèse d'un excès par le mandataire de ses pouvoirs de représentation, le principe de spécialité ne vise pas uniquement à protéger la personne morale, ou ses membres. Cette règle vise essentiellement à limiter le champ du bénéfice de la personnalité morale conférée au champ de ses justifications (v. *supra* Sous section 1): elle garantit que les attributs de la personnalité morale conférée ne seront utilisés par ceux qui en bénéficient que dans la limite de l'activité qui en a justifié l'octroi. Ce principe de spécialité, dont découle la nullité de l'acte dépassant l'objet social, ne vise donc pas essentiellement à protéger les membres de la personne morale – ou la personne morale elle-même –, mais s'impose à eux. Et il serait de ce fait illogique qu'ils soient les seuls maîtres de la sanction effective de la règle qui s'impose à eux (ainsi que tel serait le cas si l'action en nullité de l'acte dépassant l'objet social n'était réservée qu'à la personne morale).

Dans cette perspective – et au rebours de ce que semble décider la jurisprudence (v. Cass. com., 18 juill. 1989, *Rev. sociétés* 1990.598, obs. Y. CHAPUT) –, il conviendrait d'ailleurs d'ouvrir l'action en nullité d'un acte dépassant à l'objet social à tout tiers intéressé – et non pas seulement au cocontractant –, et notamment au ministère public. En effet, l'obligation de déterminer un objet social précis est une condition d'accès au régime de la personnalité morale, une règle d'ordre public qui s'impose bel et bien aux membres de la personne morale. L'utilisation de la personne morale conformément à cet objet semble le corollaire de cette règle et, répondant à la même logique, c'est bien aux membres de la personne morale que cette exigence doit s'imposer et, au besoin, être imposée à eux par les tiers et la puissance publique par une action sanctionnant une utilisation dépassant les limites du bénéfice conféré.

Il est à remarquer que la jurisprudence paraît refuser la nullité des actes dépassant l'objet social auxquels l'unanimité des associés a consenti ; mais de telles solutions peuvent s'expliquer en analysant cette situation comme une modification implicite de l'objet social par ceux qui en ont le pouvoir, (v. par ex. Cass. com. 18 mars 2003, *Bull. civ.* IV, n° 46, *D.* 2003, AJ 975, obs. A. LIENHARD, *D.* 2004, somm. 271, obs. J.-C. HALLOUIN, *Bull. Joly* 2003.643, note J.-F. BARBIERI, *Rev. Sociétés* 2003. 500, note Y. GUYON).

²⁸³ V. *contra*. R. BESNARD-GOUDET, *J. Class. Sociétés traité*, Fasc. 9-10 : « Objet social – Notion et influence sur la condition juridique de la société », n° 25 et s., selon qui les atténuations apportées par la loi de 1966 ont emporté une disparition du principe de spécialité pour les sociétés personnifiées comprises dans le champ d'application de cette loi.

99. Conclusion : existence d'un lien de causalité entre l'activité objet de la personne morale et les dettes qui grèvent son patrimoine trouvant leur source dans un acte juridique – Aussi, parce que le régime des personnes morales en général – et celui des sociétés en particulier – est construit de telle sorte que les attributs de la personnalité conférée ne soient utilisés que pour la poursuite de l'activité qui justifie son existence, il en découle qu'en principe, les dettes de la personne morale dont l'élément déclencheur se trouve dans un acte juridique, peuvent être rapportées à cette activité. Les dettes de la personne morale trouvant leur cause dans un acte juridique apparaissent dès lors comme étant en principe une charge de l'activité poursuivie. Sans qu'il soit possible de prétendre à la réalisation effective systématique de cette corrélation, celle-ci appert en son principe assez clairement comme un axe de construction majeur du régime des structures personnifiées.

Une analyse semblable paraît pouvoir être tenue concernant les dettes qui trouvent leur cause non plus dans un acte juridique rapporté à la personne morale mais dans un fait qui lui est imputé.

§2. La réalisation du principe de spécialité par les mécanismes d'imputations à la personne morale de faits juridiques

100. Parmi les dettes qui sont déclenchées par un comportement donné et dont, par conséquent, l'attribution à une personne morale suppose l'application d'un mécanisme d'imputation de comportement, celles résultant d'un acte juridique ne sont pas les seules. Certains comportements qualifiables de faits juridiques peuvent, une fois imputés à la personne morale, déclencher la mise à sa charge de dettes, ce, essentiellement dans le cadre de la mise en œuvre d'un régime de responsabilité²⁸⁵.

²⁸⁴ La nullité de l'acte dépassant l'objet social peut toujours être obtenue dès lors que le tiers cocontractant avait connaissance de ce dépassement. En outre, il semble que le tiers cocontractant soit quant à lui toujours fondé à demander la nullité de l'acte (V. *supra* note 73 et 74).

²⁸⁵ Le champ des développements qui suivent se cantonne à l'étude des mécanismes d'imputation à la personne morale des faits juridiques dans le cadre de l'application de régimes de responsabilité (qu'ils soient de nature contractuelle ou extra contractuelle). Notre droit positif connaît cependant des règles qui ne sont pas rattachables à un régime de responsabilité *stricto sensu* mais qui font tout autant d'un fait juridique donné le facteur déclencheur de dette pour son auteur et pour lesquelles la question de l'imputation d'un comportement à la personne morale pourrait tout autant se poser. L'obligation alimentaire à la charge de celui vis-à-vis de qui la paternité a été reconnue en est un

Pour ce type de dettes, il semble que le droit positif se soit en substance construit d'une manière semblable à celle qui fut analysée en matière d'actes juridiques. Structurellement, le mécanisme paraît conçu de telle sorte que la personne morale ne soit responsable que des agissements humains de ses représentants qui entretiennent un certain lien avec l'activité qui fonde son existence. De ce fait, en ces hypothèses encore, il est possible d'attester en principe de l'existence d'un lien entre les dettes dont la personne morale supportera la charge et l'activité qui justifie son existence.

101. L'exigence d'un lien pertinent entre les fonctions de l'organe et son comportement pour l'imputation d'un fait juridique à la personne morale – Ainsi que l'écrit M. le professeur Barbieri, « l'assimilation des personnes morales aux personnes physiques par le jeu de l'anthropomorphisme, a pour conséquence une identique responsabilité à l'égard des tiers »²⁸⁶ et de fait, la jurisprudence s'est depuis longtemps prononcée en faveur de l'applicabilité de l'ensemble des régimes de responsabilité de droit positif aux personnes morales, y compris ceux dont le déclenchement suppose l'établissement d'une faute ou d'une négligence de la part de son auteur²⁸⁷.

Pour autant, la personne morale étant intrinsèquement incapable de tout agissement, l'application à son endroit des régimes de responsabilité dont le déclenchement

exemple : d'un certain comportement qualifiable de fait juridique, réalisé par celui qui deviendra en conséquence parent, naîtra une dette alimentaire, et cette dette, bien que née d'un fait juridique ne semble pas pouvoir être rattachée à un régime de responsabilité *stricto sensu*. Ces hypothèses sont toutefois marginales et la nature des règles qu'elles mettent en jeu, exclut le plus souvent leur application à une personne morale. Nos propos se concentreront donc sur le mécanisme d'imputation des faits juridiques dans le cadre de l'application d'un régime de responsabilité car c'est dans ce cadre que le mécanisme d'imputation est certainement le mieux connu et le plus abouti. On peut gager que sa transposition se fera sans peine si besoin pour l'application de régimes autres que ceux de responsabilité.

²⁸⁶ J.-F. BARBIERI, « Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants », *Aspects actuels du droit des affaires Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 41- 58, n°5, p. 45.

²⁸⁷ La question de savoir si la personne morale peut se voir soumise aux règles régissant la responsabilité délictuelle, principalement aux règles de la responsabilité pour faute ou quasi-délit, a pu jadis faire l'objet de controverses – à raison notamment du fait que cet instrument qu'est la personne morale ne devant servir qu'au but qui est légitimement poursuivi, une faute délictuelle, voire une négligence, seraient à raison de leur illégitimité, par nature exclues de ce cadre et ne pourraient par conséquent lui être imputées. Elle semble aujourd'hui définitivement réglée, la personne morale étant susceptible de se voir appliquer tous les régimes de responsabilité connus, y compris pour faute ou quasi-délit. V. not. Cass. civ., 15 janv. 1872 : *DP* 1872, 1, p. 165 ; v. not. sur cette question L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale, Son application au droit français*, 2e éd., 1924, t. 2, LGDJ, p. 222, n° 271 ; V. WESTER-OUISSSE, « La jurisprudence et les personnes morales », *JCP G* 2009, I, 121 ; J.-F. QUIEVY, *op. cit.* n°163 et s., p. 264 et s.

repose sur la réalisation d'un certain comportement²⁸⁸ (que ce soit en matière de responsabilité contractuelle, délictuelle ou quasi-délictuelle²⁸⁹), suppose la mise en œuvre en amont, d'un mécanisme d'imputation de comportements humains²⁹⁰.

Or, « la difficulté majeure »²⁹¹ que soulève l'application de ces régimes de responsabilité à une personne morale « est de devoir articuler l'imputation des faits dommageables aux personnes morales et l'imputation des mêmes faits à ceux qui y exercent des fonctions décisionnelles »²⁹². À suivre la logique dont l'application fut jusqu'ici éprouvée, une telle imputation à la personne morale devrait être subordonnée à l'existence d'un lien entre le comportement considéré et l'activité à laquelle la personne morale doit son existence et est par conséquent destinée.

²⁸⁸ Pour l'application à la personne morale des régimes de responsabilité « de plein droit », dont la mise en jeu ne suppose pas la réalisation d'un comportement particulier, v. *infra* §3.

²⁸⁹ Si la responsabilité contractuelle peut bien souvent, être engagée sans que la démonstration d'un comportement particulier ne soit requis (ainsi particulièrement dans l'hypothèse où l'obligation est de résultat, où le simple constat de la non réalisation du résultat suffit à engager la responsabilité du débiteur, sans que la preuve d'un quelconque comportement, ou même d'une omission, ne soit exigée), la démonstration d'un comportement donné est bien plus fréquemment requise pour le déclenchement des régimes de responsabilité délictuelle et quasi délictuelle, supposant le plus souvent la preuve d'un comportement constitutif d'une faute ou d'un quasi-délit. Or, hormis l'hypothèse d'un dysfonctionnement de la structure de la société, (Cass. com., 4 juin 1991, Bull. civ. IV, n° 211 ; *RJDA* 8-9/1991, n° 715 ; *BRDA* 1991, n° 17, p. 6 ; *Rev. sociétés* 1992, p. 55, note Y. CHARTIER; *Deffrénois* 1992, p. 915, obs. J. HONORAT) c'est le plus souvent un comportement spécifique d'un organe de la société qui constituera le fait délictuel ou quasi délictuel apte à mettre en œuvre la responsabilité de celle-ci. V. toutefois Cass. com. 5 févr. 1991, *BJS* 1991, p. 224, n. P. LE CANNU.

²⁹⁰ Un temps, un courant jurisprudentiel fut sensible à la thèse selon laquelle la personne morale ne peut par nature être responsable « de son fait personnel » : incapable de tout comportement, comme de l'« élément moral » qui était jusqu'en 1984 exigé pour caractériser la faute civile, les régimes de responsabilité pour « fait personnel » furent considérés par certains auteurs comme inapplicables aux personnes morales (v. par ex. B. STARK, *Droit civil, Obligations*, LexisNexis Litec, 1972, n° 330). Aussi, la personne morale fut-elle un temps considérée comme ne pouvant répondre des agissements de ses organes qu'au travers d'un régime de responsabilité du fait autrui, tel que celui du fait d'un préposé (v. not. Cass. req., 30 juill. 1895 : *DP* 1896, 1, p. 132, v. aussi E. THALLER, P. PIC et J. KRÉHER, *Traité général théorique et pratique de droit commercial, Des sociétés commerciales*, 3e éd., Rousseau, t. I, 1940, n° 481 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, Obligations, 2e partie par ESMEIN, LGDJ, 2e éd., 1952, n° 501). Ce courant jurisprudentiel fut critiqué notamment à raison de l'absence de lien de subordination entre la personne morale et son organe, subordination considérée comme essentielle à ce régime. Cette conception de la responsabilité indirecte de la personne morale fut donc par la suite abandonnée (v. Civ. 2^{ème}, 17 juin 1967, *Bull. civ.* II, n°261, p. 182, *RTD civ.* 1968, p. 149, obs. G. DURRY) encore qu'un arrêt récent ait suscité l'étonnement en paraissant en faire usage (Cass. civ. 2^{ème}, 15 mai 2008, n°06-22171, *RTD civ.* 2008, p. 680, obs. P. JOURDAIN; v. aussi G. VINEY, *op cit.* n°854, p. 1150 et s.). Par ailleurs, avant même ce courant jurisprudentiel fondé sur la responsabilité indirecte, c'était la stricte théorie du mandat qui était utilisée pour faire supporter à la personne morale les comportements de son organe (C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, Sirey, 7e éd. 1935 et suppl. 1937, t. I, n° 269 ; Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, 5e éd. par A. AMIAUD, t. II, 1re partie, *Des sociétés*, LGDJ, 1928, n° 296. – A. WAHL, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Sirey, 1922, n° 609). En conséquence, ce dernier « ne pouvait engager la responsabilité de la société mandante, sauf sur la base de l'article 1998 du Code civil lorsque celle-ci avait ratifié expressément ou tacitement les faits » (Y. DEREU, *J. Class. Société Traitée*, v° « Société en nom collectif, gérance naissance des engagements sociaux », fasc. 55-20, n°103).

²⁹¹ F. BARBIÈRI, *Mélanges Y. Guyon, préc.*, n°5, p. 45.

²⁹² F. BARBIÈRI, *ibid.*.

102. De fait, le principe posé par la Cour de cassation de manière aujourd'hui assez stable est que « la société répond des fautes qu'elle commet par ses organes agissant dans l'exercice de leurs fonctions »²⁹³, tandis qu'inversement, si « la faute que commet le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions est en principe celle de la société elle-même, au nom de laquelle il agit (...), lorsque la faute est telle qu'elle révèle que le dirigeant ne peut l'avoir commise en représentation de la personne morale, il doit en répondre personnellement »²⁹⁴.

Toute la difficulté réside toutefois dans la détermination précise des hypothèses où cette faute devra être considérée comme personnelle à son auteur²⁹⁵. À suivre le principe posé par la Cour de cassation, le comportement litigieux sera ainsi imputé à la société prétendument représentée ou sera, au contraire, personnel à son organe, selon que sa réalisation peut ou non être intellectuellement rattachée à l'exercice des fonctions de ce dernier. Il reste à présenter aussi brièvement que possible le droit positif pour s'assurer de l'effectivité de cette proposition et en délimiter plus précisément les contours.

103. Le « cadre des fonctions » notion essentielle au mécanisme d'imputation des faits juridiques – Selon la doctrine qui s'efforce de proposer quelques outils de synthèse des arrêts rendus en la matière, le premier des principes à l'œuvre serait que, pour être imputé à la société et permettre la mise en jeu de sa responsabilité, le comportement considéré n'ait pas été « personnel » à l'organe : il convient, pour engager la société, que le dirigeant ait agi dans le cadre de ses fonctions, « dans la limite de ses attributions »²⁹⁶. Sans cela, le dirigeant ne pourrait qu'engager sa propre responsabilité.

²⁹³ Cass. com., 3 juin 2008, 07-12.017, 07-15.228, *D.* 2008, AJ 1691, obs. A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2009, 113, note B. DONDERO.

²⁹⁴ *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2010, p. 381, sous Cass. com., 28 septembre 2010, Bull. 2010, IV, n° 146, 09-66.255.

²⁹⁵ Il convient de relever qu'au-delà de la simple faute, le principe posé par la Cour de cassation semble plus généralement valoir pour tous les faits juridiques de nature à mettre en œuvre un régime de responsabilité, qu'il soit de nature contractuelle, délictuelle ou quasi-délictuelle. V. not. pour une présentation générale du régime, G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4^{ème} éd., LGDJ 2013, n°849, p. 1143 et s. ; F. BARBIÈRI, *art. cit.*

²⁹⁶ V. par ex. Cass. com., 10 févr. 2009, n° 07-20445 : Bull. civ., IV, n° 21 ; *BJS* mai 2009, p. 499, n° 99, note S. MESSAÏ-BAHRI, *D.* 2009, p. 559, n. A. LIENHARD et p. 1243, obs. R. SALOMON ; *JCP E* 2009, 1602, n. B. DONDERO ; *Rev Sociétés* 2009, p. 328, n. J.-F. BARBIÈRI ; *RTD civ.* 2009, p. 537, obs. P. JOURDAIN ; v. J.-F. BARBIÈRI, *art. préc. Mélanges Y. Guyon.*

Mais les critères de détermination du « cadre des fonctions » dans lequel le comportement doit s'être inscrit pour être imputé à la personne morale ne font pas l'objet d'une véritable unanimité en doctrine. En dépit toutefois de ces désaccords, la question ne paraît pas faire l'objet de débats particuliers²⁹⁷, ce dont on peut probablement déduire l'aptitude de la doctrine à s'accommoder de l'appréciation intuitive et casuistique dont font généralement usage les tribunaux.

Aussi, sans que cela ne puisse être interprété comme la marque d'une ambition particulière de systématisation, divers critères sont toutefois indistinctement avancés en doctrine : il s'agirait ainsi d'établir un lien intellectuel entre le comportement et l'exercice des fonctions²⁹⁸, il conviendrait encore que ces dernières constituent « l'occasion » et « fournissent les moyens »²⁹⁹ de la faute. Il est encore avancé parfois que l'organe engagerait la personne morale dès lors qu'il agirait « *ès qualités* »³⁰⁰. À l'inverse, la faute serait personnelle au dirigeant si celui-ci agissait « dans son intérêt personnel et contre l'intérêt de la société » notamment par la concurrence qu'il ferait à celle-ci³⁰¹, ou encore si, vis-à-vis des tiers, le dirigeant a eu « l'imprudence formelle de ne pas agir en cette qualité »³⁰². Selon certains auteurs enfin, la société ne pourrait être engagée qu'à la condition que le comportement litigieux entretienne certains liens avec l'objet social³⁰³.

²⁹⁷ Ceux-ci se concentrant surtout sur la définition et la portée de la notion de « faute détachable », v. *infra*.

²⁹⁸ v. F. BARBIÈRI, *art. cit.*

²⁹⁹ F. BARBIÈRI, *art. cit.*, ou encore D. VIDAL, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux », *JCP*, E, Cah. dr. entr., 3/2001, p. 16 : « en fournissent le contexte, l'occasion ou les moyens et en assurent l'efficacité ».

³⁰⁰ G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n°851 p. 1144.

³⁰¹ D. VIDAL, « Responsabilité civile du gérant. Faute séparable de ses fonctions », note sous Cass. civ. 3e, 4 avr. 2001, *Dr. des Sociétés*, 2001, com. 102, spéc. p. 23 et CA Paris, 13 nov. 1996, *Dr. Sociétés* 1997, com. n° 33, obs. D. VIDAL ; Cass. com., 7 oct. 1997 : *Bull. Joly* 1997, 1074.

³⁰² D. VIDAL, *art. cit.*, *Dr. des sociétés* 2001, et Cass. civ. 3^{ème}, 3 mai 1977 : *Bull.* n° 194, p. 148 ; Cass. com., 19 oct. 1982 : *Bull.* n° 319, p. 269). V. aussi, en faveur semble-t-il de ce dernier critère essentiellement formaliste, G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *op. cit.* n°851 et s. p. 1144 et s.

³⁰³ Y. DEREU, E. SCHLUMBERGER, *J. Class. Société Traité*, v° « société en nom collectif, gérance - naissance des engagements sociaux », fasc. 55-20, n°101. V. *contra* D. GIBIRILA « La faute personnelle détachable des fonctions de gérant », *D.* 1998. 605, pour qui, semble-t-il, l'objet social ne pourrait jouer le rôle de limite à l'engagement de la société dans les SARL et les sociétés par actions : l'inopposabilité du dépassement de l'objet social issu de la loi du 24 juillet 1966 ayant en effet, selon l'auteur, vocation à jouer en matière de « faits juridiques » comme en matière d'actes juridiques. Sans préjuger de la thèse inverse qui voit dans l'objet social une notion utile au mécanisme d'imputation d'un fait juridique à la personne morale, la conception de M. GIBIRILA nous paraît hautement contestable. D'abord parce qu'une telle étendue du champ d'application des dispositions de la loi de 1966 ne semble nullement ressortir de l'esprit ou de la lettre du texte, lequel ne vise que les seuls « actes juridiques » (V. L. 24 juill. 1966, art. 93, 113, 124 et 255). Ensuite parce que l'impératif de sécurité juridique qui a commandé cette mesure, s'il se conçoit parfaitement en matière d'acte juridique, perd grandement de sa portée sur le terrain des faits juridiques (le contrat est certainement l'acte de prévision, mais la prévisibilité est en revanche un enjeu qui est, en règle

Ce sont ainsi des critères ayant trait à la finalité des agissements (l'organe agissait-il dans son intérêt personnel ou dans celui de la société, à des fins de poursuite de l'objet social, etc. ?), aux circonstances de leur réalisation (le comportement considéré a-t-il par exemple eu lieu dans le cadre « matériel » des fonctions du dirigeant – au cours du temps imparti à ses fonctions, ou dans un cadre spatial marqué du sceau de ses fonctions, ou encore à l'aide des moyens dévolus à sa fonction, etc. ?), ou encore à l'apparence formelle³⁰⁴ (selon par exemple que l'auteur du comportement s'est ou non présenté, principalement vis-à-vis de la victime du dommage, *ès qualités*), qui serviraient à la détermination de cette première exigence relative à l'établissement d'un lien avec les « fonctions » de l'organe de la société, dans le cadre desquelles le comportement doit avoir été réalisé pour être imputé à la société.

Le schéma de combinaison précis de ces différents critères dont la jurisprudence semble faire alternativement ou cumulativement application est toutefois difficile à établir.

104. Relativement aisés à isoler de manière conceptuelle et abstraite, l'individualisation de ces notions au stade de leur utilisation dans un litige donné est souvent bien plus complexe. Elles paraissent en effet souvent liées entre elles de manière inextricable et lorsque l'un de ces critères paraît avoir été pris en compte par les tribunaux, il reste toujours délicat de savoir s'il a, seul, emporté la solution, ou s'il constituait aux

générale, assez absent des questions de responsabilité délictuelle). Enfin parce qu'en matière d'acte juridique, la sanction d'un dépassement d'objet social serait, sans l'atténuation de la loi de 1966, sanctionnée par la nullité pure et simple de l'acte et l'anéantissement des droits et des obligations qui en découlent. Donner un plein effet à la limite des pouvoirs de représentation que constitue l'objet social conduit alors à une sanction dont la sévérité pour les tiers est manifeste, et c'est la prise en compte du caractère inopportun de cette sanction qui semble-t-il commanda le tempérament introduit par la loi de 1966. Mais en matière de faits juridiques, utiliser l'objet social comme limite des pouvoirs de « représentation » n'aurait nullement le même rôle et le même effet : sa prise en compte n'aurait d'incidence qu'au stade de la détermination de la personne juridique à laquelle un comportement serait imputé mais n'aurait en principe aucune incidence sur l'existence même du droit. Le tiers victime du comportement ne serait, en cas de dépassement de l'objet social, nullement privé de son droit à réparation, il ne s'agirait que de lui désigner pour débiteur éventuel la personne de l'organe et non la société, laquelle n'ayant pu être valablement « représentée ». Ainsi, en matière de faits juridiques, donner sa pleine effectivité au principe de limitation du pouvoir de représentation à ce que commande l'objet social n'aurait pas les conséquences préjudiciables pour les tiers qui sont celles constatées en matière d'actes juridiques. De sorte que, ces conséquences étant la principale raison d'être des dispositions de la loi de 1966, l'atténuation qu'elles prévoient n'a *a priori*, nullement vocation à être transposée en matière de faits juridiques : ce serait appliquer sinon le remède à un mal ici absent.

³⁰⁴ R. BESNARD GOUDET, note sous CA Aix, 20 sept. 2000, *D.* 2002, 1821.

yeux des juges la manifestation visible, le symptôme, d'un ou de plusieurs autres de ces critères³⁰⁵. À cette difficulté s'ajoute encore le fait que la pertinence respective de chacun de ces critères varie sensiblement au gré des hypothèses factuelles³⁰⁶.

Aussi, il semble que l'appréciation de l'existence d'un lien initial unissant le comportement aux fonctions de l'organe qui l'a réalisé soit effectuée de manière assez casuistique sinon intuitive par les tribunaux qui, bien que s'appuyant probablement sur les critères évoqués, ne laissent pas paraître le moyen d'établir avec précision le contenu exact et le rôle respectif de chacun d'entre eux.

En tout état de cause, et en dépit du flou de sa définition, ce lien constitue certainement le critère principal, sinon exclusif, de répartition d'imputation des comportements des organes de la société³⁰⁷ qui sont habilités à l'engager par le biais de leurs « faits juridiques ».

105. Les hésitations relatives à la notion de faute détachable – L'examen de ce premier critère tenant au « cadre des fonctions », utile à l'imputation des comportements des organes à la société, doit être prolongé par l'évocation d'un concept qui entretient avec lui des liens connexes et parfois mêlés. Il s'agit de la notion de « faute détachable » ou de « faute séparable » des fonctions du dirigeant. Création jurisprudentielle de la fin du XX^{ème} siècle³⁰⁸ aux contours longtemps fluctuants³⁰⁹, les tribunaux visent désormais par elle, avec

³⁰⁵ Ainsi par exemple, lorsque les tribunaux retiennent pour engager la responsabilité de la société le fait que le dirigeant s'est présenté aux tiers comme agissant pour le compte de la société, il n'est pas toujours facile de savoir si, dans l'esprit des juges, cette donnée factuelle commande par elle-même la solution, ou si cet événement n'est pris en compte que comme donnée probatoire, en ce sens que le fait que le dirigeant se soit présenté aux tiers comme agissant pour le compte de la société laisse présumer que, sauf preuve du contraire, le dirigeant agissait bien pour le compte et dans l'intérêt de la société.

³⁰⁶ Par exemple, l'utilisation du critère du « but » du comportement n'aurait ainsi qu'assez peu de sens s'agissant d'apprécier le rattachement aux fonctions d'un dirigeant, d'un comportement involontaire.

³⁰⁷ Si les débats se concentrent essentiellement sur les comportements des dirigeants sociaux, et particulièrement ceux dotés expressément de pouvoirs de « représentation » c'est parce que ce sont ceux vis-à-vis desquels ces questions se cristallisent le plus fréquemment – leur rôle consiste justement à faire vivre la société sur la scène juridique extérieure. Agissant tour à tour pour leur « vie personnelle » et « pour celle de la société », la question de l'imputation de leurs comportements se pose nécessairement. Pour autant, les propos ici développés valent tout autant pour d'autres organes de la société, à commencer par l'assemblée générale des associés (v. not. Cass. com. 1^{er} févr. 1994, *JCP* 1995, II, 22432, n. D. GIBIRILA ; G. VINEY, P. JOURDAIN, et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, op ; cit. n°850, p. 1144), voire de l'associé considéré singulièrement (v. T. FAVARIO « Consécration de la « faute séparable » de la qualité d'associé », note sous Cass. com. 18 févr. 2014, *D.* 2014. 764 ; M.-P. LAMOUR, « La responsabilité personnelle des associés », *D.* 2003, p. 51 et s.).

³⁰⁸ Dès 1982 la Cour de cassation entreprit de restreindre la possibilité pour les tiers d'engager la responsabilité d'un dirigeant aux seules hypothèses où celui-ci aurait commis une faute « extérieure à la conclusion ou à l'exécution du contrat » (v. Cass. com., 8 mars 1982 : *Rev. soc.* 1982, p. 573, note Y. GUYON ; J. MESTRE, E. PUTMAN et D. VIDAL, *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz,

une apparente constance, une faute intentionnelle, dont la gravité est telle qu'elle rendrait la faute « incompatible avec l'exercice normal » des fonctions du dirigeant³¹⁰.

Si le contenu de la notion paraît avoir acquis la stabilité et l'intelligibilité dont l'absence fut longtemps soulignée et critiquée³¹¹, ce sont ses effets qui paraissent encore nimbés d'une certaine opacité.

Le rôle initial de cette notion se situe sur le terrain de la responsabilité du dirigeant vis-à-vis des tiers : si, une fois admis que l'organe agissait dans le cadre de ses fonctions au regard du critère qui fut plus haut évoqué, le principe de l'imputation commande que la personne morale réponde de ses comportements et qu'en conséquence le dirigeant ne puisse voir sa responsabilité personnelle engagée, ce principe aurait alors justement vocation à céder en présence d'une telle faute « détachable »³¹² et la responsabilité du dirigeant pourrait alors être mise en jeu par les tiers³¹³.

1995, n° 11, p. 49). C'est ensuite en 1991 que s'affirme semble-t-il pour la première fois la notion de « faute séparable » (v. Cass. com. 22 janv. 1991, n° 89-11.650 : RJDA 2/1992, n° 152 Y. GUYON, la cour exigeant que soit démontré, pour la mise la responsabilité du dirigeant par un tiers, que la faute invoquée soit « séparable de ses fonctions de dirigeant et lui soit imputable personnellement ») ; v. *contra* P. MERLE et A. FAUCHON *Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 23^{ème} éd. 2019, n° 493, p. 576, qui paraissent situer en 1998 la première utilisation de la notion : Cass. com., 28 avr. 1998, n° 96-10.253, JCP G 1998, n° 31, p. 1258, note Y. GUYON ; *Dr. sociétés* 1998, comm. 115, note D. VIDAL ; JCP G 1998, II, 10177, note D. OHL ; *Rev. sociétés* 1998, p. 767, note B. SAINTOURENS ; *Bull. Joly* 1998, p. 808, note P. Le CANNU.

³⁰⁹ V. not. pour une rétrospective des errements jurisprudentiels et une étude exhaustive de la notion, D. MARTIN et O.T. TIEU, « La responsabilité civile des administrateurs de sociétés ; évolution jurisprudentielle », JCP 2010, 740 ; Y. GUYON, M. BUCHBERGER, *J. Class. sociétés* v° Fasc. 132-10 : « Administration – Responsabilité civile des dirigeants », n°49 et s. Jusqu'à être qualifiée d'« introuvable » : D. OHL, note sous Com. 28 avr. 1998, JCP G 1998.II.10177, p. 1921.

³¹⁰ La définition jurisprudentielle faisant autorité en la matière semble celle énoncée à l'occasion de l'affaire Sati-Seusse : « une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions » (Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17092, FS-P+B+I ; *Dr. sociétés* 2003, comm. 148, obs. J. MONNET ; JCP E 2003, p. 1331, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; JCP E 2003, p. 1580, note HADJI-ARTINIAN ; JCP G 2003, 786, note H. Le NABASQUE ; D. 2003, act. jurispr. p. 1502, obs. A. LIENHARD et p. 2623, note B. DONDERO ; *Rev. sociétés* 2003, p. 479, obs. J.-F. BARBIERI ; *RTD com.* 2003, p. 523, obs. J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD et p. 741, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Deffrénois* 2003, note M.-H. MALEVILLE-COSTEDOAT ; *Deffrénois* 2004, p. 898, obs. J. HONORAT ; *LPA*, 7 nov. 2003, p. 13, note S. MESSAÏ ; *Dr. et patrimoine*, nov. 2003, p. 91, obs. D. PORACCHIA ; *Rev. Lamy Dr. Civil*, janv. 2004, p. 48, chron. F.-X. LUCAS ; *RJDA* 8-9/03, n° 842) ; v. aussi Cass. com. 10 févr. 2009 (*précité*), reprochant à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si les dirigeants n'avaient pas commis « même agissant dans les limites de leurs attributions, des fautes intentionnelles d'une particulière gravité incompatibles avec l'exercice normal de leurs fonctions sociales ».

³¹¹ V. par exemple, V. WESTER-OUISSE : « Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions » : *D. Affaires*, 1999, p. 782 ; F. BARBIERI, *art. cit.* (« l'assomption de la faute séparable hors du droit public a été progressive et chaotique » écrit notamment cet auteur) et les auteurs cités, n°2.

³¹² Cette exigence de démonstration d'une « faute détachable » pour permettre l'action d'un tiers victime contre le dirigeant social, est une création *ex nihilo* de la jurisprudence, les dispositions législatives en la matière (v. C. civ., art. 1850 ; C. com., art. L. 223-22 et L. 225-251) ne faisant nullement référence à une telle condition. Souvent qualifiée de *contra legem*, cette jurisprudence encourt de vigoureuses critiques – certains n'hésitant pas à la taxer d'immorale (P. Le CANNU, note

La gravité de la faute du dirigeant serait ainsi de nature à permettre la mise en jeu de la responsabilité personnelle de son auteur vis-à-vis des tiers alors que, par hypothèse, il agissait pourtant *a priori* en qualité d'organe de la société³¹⁴. La faute ainsi, bien que commise dans le cadre des fonctions du dirigeant, en serait « intellectuellement détachable »³¹⁵ en raison de sa gravité. Jusqu'à ce point la jurisprudence paraît ferme et stable.

106. La question de la responsabilité de la société en cas de faute détachable –

Cette clarté s'estompe lorsqu'est soulevée la question de la possibilité, pour le tiers, d'engager la responsabilité de la société si le comportement de l'organe revêt les caractères d'une faute détachable. S'il ressort en effet assez nettement de la jurisprudence que la caractérisation d'une « faute détachable » emporte la possibilité d'engager la responsabilité personnelle de l'organe, la question de savoir si une telle faute entraîne pour corollaire une « exonération » de la société prétendument représentée, ne paraît pas tranchée en jurisprudence.

Deux raisonnements alternatifs pourraient ici être menés. Selon le premier, la gravité de la faute de l'organe serait un élément pris en compte au stade de la détermination de l'imputation du comportement : la responsabilité de l'organe qui en a été l'auteur

sous Cass. com., 28 avr. 1998, n° 96-10.253, *Bull. Joly* 1998, p. 808 et s., spéc. p. 811) – principalement pour le laxisme dont elle témoigne et l'impunité qui en découle : V. par exemple, D. OHL, note sous Com. 28 avr. 1998, *JCP G* 1998.II.10177, p. 1921 qui se demande si « l'objectif recherché par la Cour de cassation serait-il de faire barrage à l'afflux prévisible du contentieux en créant une faute introuvable ? » ; v. aussi not. J.-F. BARBIÈRI, *Mél. Y Guyon, art. préc.* ; F. DESCORPS DECLERE « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux » *RTD com.* 2003, p. 25 ; G. AUZERO, « L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », *D. Aff.* 1998. 502 ; W. WESTER-OUISSE, « Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant détachable de ses fonctions », *D. Aff.* 1999. 782 ; B. PETIT et Y. REINHARD : « Responsabilité civile des dirigeants » : *RTD com.*, 1997, p. 282 ; A. LIENHARD, obs. sous Cass. com., 24 juin 2003, n° 01-01.464 ; *D.* 2003, p. 1839 ; *JCP E* 2003, 1270 ; V. aussi, pour une timide – quoique courageuse au regard du règne de l'opinion contraire – défense, J. ABRAS, « Responsabilité extra-contractuelle des dirigeants sociaux. - L'exigence d'une faute séparable des fonctions entendue restrictivement : présent offert aux dirigeants ou nécessité ? », *JCP E*, 2008, 1912.

³¹³ Il est à noter que cette exigence de faute détachable ne concerne que les actions en responsabilité intentées par les tiers, nullement celles intentées par la société ou les associés contre le dirigeant (v. par exemple Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547, *PB, D.*, 2010, p. 761, note A. LIENHARD ; *Dr. sociétés*, 2010, comm. 109, note M.-L. COQUELET ; *JCP E*, 2010, 1483, note S. SCHILLER ; *Rev. sociétés*, 2010, p. 230, note H. LE NABASQUE ; *Rev. Lamy Dr. aff.*, mai 2010, n° 49, p. 14, note A. CERATI-GAUTHIER) ; Y. GUYON et M. BUCHBERGER, *J. class.*, art cit., n°30 et s.

³¹⁴ V. pour la genèse de cette solution, le rapport du conseiller ayant très probablement inspiré la solution prétorienne, J.-P. METIVET, « Les articles 52 alinéa 1er et 244 de la loi du 24 juillet et la responsabilité du dirigeant social envers les tiers » : *Rapp. C. cass.* pour 1998, p. 114.

³¹⁵ G. AUZERO, « L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé » : *D. Affaires*, 1998, chron., p. 502 ; et A. COURET, note sous Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1999, *BJS* 2000, p. 736 qui qualifie le procédé d'« artifice de raisonnement ».

s'expliquerait par l'imputation de cette faute à sa personnalité propre, excluant l'imputation de ce comportement à la personne morale qu'il représentait prétendument. Selon cette lecture, la gravité de la faute serait de nature à rompre le lien entre le comportement et les fonctions de son auteur – quand bien même ce lien ressortirait des critères évoqués plus haut (apparence, agissement dans l'intérêt de la société, objet social, etc.) – et ferait par là obstacle à son imputation à la personne morale de sorte que l'organe en supporterait seul les conséquences³¹⁶.

107. Les indices d'une responsabilité exclusive du dirigeant auteur de la faute détachable – Les termes employés de manière récurrente par la Cour de cassation pourraient accréditer ce raisonnement : la gravité de la faute rend celle-ci « incompatible avec l'exercice normal des fonctions »³¹⁷ aux yeux des magistrats, expression qui invite à exclure la possibilité d'imputation à la société dans la mesure où la réalisation du comportement dans le cadre des fonctions est précisément le critère de son imputation à la personne morale. En ce sens aussi, les termes de « détachable » ou de « séparable » des fonctions, choisis par la Cour de cassation pour qualifier une telle faute, portent cette même idée de négation du lien entre la faute et les fonctions de l'organe, faisant par là obstacle au présupposé de l'imputation. Plus généralement enfin, il est possible de trouver dans la rédaction de nombreux arrêts la trace d'un raisonnement qui fonderait les effets de la faute « détachable » sur l'idée d'une imputation personnelle à son auteur immédiat³¹⁸, ce

³¹⁶ Rappr. D. PORACCHIA, « Faute séparable du dirigeant et responsabilité de la société », *Mélanges P. Le Cannu*, Dalloz - LGDJ, 2014, pp. 377 – 399, et spéc. p. 384 : qui expose ce raisonnement sans y souscrire, dans les termes suivants : en principe, « la société agissant par le truchement de son dirigeant reste seule responsable de ses actions, même si ces actions sont, dans l'ordre physique, celles du dirigeant. Par conséquent, une telle action ne peut être reprochée au dirigeant puisqu'elle est celle de la société. Et si une telle action peut être imputée au dirigeant alors elle n'est plus celle de la société qui ne peut en être tenue pour responsable. Il y aurait donc une incompatibilité logique entre la responsabilité personnelle de la société et celle de son dirigeant lorsque cette responsabilité dériverait d'un même fait ».

³¹⁷ v. not. Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17092, FS-P+B+I ; *Dr. sociétés* 2003, comm. 148, obs. J. MONNET ; *JCP E* 2003, p. 1331, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *JCP E* 2003, p. 1580, note HADJI-ARTINIAN ; *JCP G* 2003, 786, note H. Le NABASQUE ; *D.* 2003, act. jurispr. p. 1502, obs. A. LIENHARD et p. 2623, note B. DONDERO ; *Rev. sociétés* 2003, p. 479, obs. J.-F. BARBIERI ; *RTD com.* 2003, p. 523, obs. J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD et p. 741, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Defrénois* 2003, note M.-H. MALEVILLE-COSTEDOAT ; *Defrénois* 2004, p. 898, obs. J. HONORAT ; *LPA*, 7 nov. 2003, p. 13, note S. MESSAÏ ; *Dr. et patrimoine*, nov. 2003, p. 91, obs. D. PORACCHIA ; *Rev. Lamy Dr. Civil*, janv. 2004, p. 48, chron. F.-X. LUCAS ; *RJDA* 8-9/03, n° 842). ; Cass. com., 10 févr. 2009, n° 07-20445 : Bull. civ., IV, n° 21 ; *BJS* mai 2009, p. 499, n° 99, note S. MESSAÏ-BAHRI, *D.* 2009, p. 559, n. A. LIENHARD et p. 1243, obs. R. SALOMON ; *JCP E* 2009, 1602, n. B. DONDERO ; *Rev Sociétés* 2009, p. 328, n. J.-F. BARBIERI ; *RTD civ.* 2009, p. 537, obs. P. JOURDAIN ; Cass. com., 29 mars 2011, n° 10-11.027 ; *Rev. sociétés* 2011. 416, note I. RIASSETTO.

³¹⁸ V. par ex. Cass. com., 28 avr. 1998, n° 96-10.253, *JCP G* 1998, n° 31, p. 1258, note Y. GUYON ; *Dr. sociétés* 1998, comm. 115, note D. VIDAL ; *JCP G* 1998, II, 10177, note D. OHL ; *Rev. sociétés*

qui tendrait une fois encore à corroborer cette analyse d'une responsabilité du dirigeant exclusive de celle de la société.

108. Les arguments en faveur d'une responsabilité conjointe – Selon la seconde branche de l'alternative au contraire, la possibilité d'engager la responsabilité personnelle de l'organe à raison de la gravité de sa faute ne serait pas exclusive de la responsabilité de la société. On pourrait faire valoir au soutien de ce second raisonnement que la responsabilité du dirigeant doit être comprise comme une mesure de sanction exceptionnelle commandée par une logique dissuasive dont le but serait d'éviter un sentiment d'impunité pour le dirigeant. Cette logique dissuasive ou punitive à l'origine de cette sanction exceptionnelle apparaissant comme profondément étrangère aux fondements du mécanisme d'imputation des comportements à la personne morale, elle ne serait pas de nature à entrer en véritable contradiction avec lui. Aussi, si tant est que les effets respectifs de ces deux logiques peuvent cohabiter – par l'organisation d'une responsabilité commune à la société et à son organe – c'est à cette cohabitation qu'il conviendrait idéalement d'aboutir. En d'autres termes, la logique à l'œuvre dans cette mesure dissuasive, ne commandant que l'édiction d'une menace pour le dirigeant, n'impliquerait pas de neutraliser le jeu de la construction initiale répartitrice de l'imputation. Les deux régimes pourraient alors cohabiter en laissant au tiers victime la possibilité d'engager cumulativement ou alternativement la responsabilité de la société pour le compte de laquelle l'organe – en dépit de la gravité de son acte – agissait, ou celle personnelle de l'organe, auteur immédiat du comportement fautif.

Au soutien de cette seconde lecture on remarque combien serait inopportune sinon la manière dont les intérêts du tiers victime – et particulièrement l'effectivité de son droit à indemnisation – fluctueraient en fonction de la gravité de la faute à l'origine de son dommage³¹⁹ : le degré de solvabilité de l'organe étant par hypothèse distinct de celui de la société, il pourrait paraître injuste et incohérent que la logique strictement dissuasive et punitive de la mesure puisse conduire à priver la victime d'une possibilité d'indemnisation efficace, ce qui serait le cas chaque fois que les

1998, p. 767, note B. SAINTOURENS ; *Bull. Joly* 1998, p. 808, note P. Le CANNU: « la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement » (nous soulignons).

capacités financières de l'organe s'avéreraient insuffisantes à cette fin alors que celles de la société auraient permis une indemnisation effective³²⁰. À suivre cette logique pragmatique, la responsabilité du dirigeant, conséquence de la gravité de sa faute devrait toujours s'ajouter à la construction initiale, afin que cette mesure exceptionnelle poursuivant un but dissuasif ne puisse jamais nuire à la victime. Retenir au contraire une responsabilité cumulée de la personne morale et de son organe conduit à offrir à la victime de la faute détachable une garantie plus élevée d'indemnisation puisque la gravité de la faute aurait pour conséquence d'augmenter le nombre de ses débiteurs³²¹.

109. L'imprécision du droit positif – La position précise de la jurisprudence – à qui revient la paternité de la notion de faute détachable en la matière comme celle de l'élaboration de son régime – est cependant délicate à interpréter. De fait, le centre de gravité des arrêts où se retrouve cette notion, comme celui des études doctrinales qui en traitent, porte sur la question des conditions de mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant auteur de la faute détachable et de la définition de cette notion. Aucune tendance fiable ne semble à l'inverse pouvoir se dégager concernant la question de l'engagement de la société en présence d'une telle faute détachable, cette question semblant largement, à notre connaissance, ignorée des litiges et des études³²².

³¹⁹ Rappr. D. PORACCHIA, *art. cit.*, p. 384.

³²⁰ Dans l'hypothèse où l'organe serait insuffisamment solvable pour offrir à la victime une réparation effective de son dommage mais que la société se trouverait quant à elle dans une position financière qui le permettrait, la caractérisation de la gravité particulière de la faute à l'origine du dommage serait, de fait, une circonstance qui conduirait de manière assez incongrue à faire obstacle à l'indemnisation effective de celui qui en fut victime. Rappr. S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, préf. P. Le CANNU, IRJS éditions, 2009 et n° 1170 et s. et n° 1255 et s. ; D. PORACCHIA, « Remarques sur la responsabilité de la société en cas de faute du dirigeant « séparable de ses fonctions » commise à l'occasion de fonctions », *art. cit.*.

³²¹ Un tel résultat paraît vraisemblablement, à la marge, plus à même de ménager le sentiment commun de justice car on peut supposer celui-ci particulièrement meurtri lorsqu'un dommage laissé sans réparation procède d'une faute qui fut reconnue intentionnelle et d'une particulière gravité.

³²² Les rares auteurs qui cherchent à présenter la position du droit positif sur ce point, inclinent généralement en faveur de la solution selon laquelle la responsabilité du dirigeant pour faute détachable serait exclusive de celle de la société. V. par exemple S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux, préc.*, n° 1170 et s. ; Y. GUYON, M. BUCHBERGER, *J. Class. sociétés* v° Fasc. 132-10 : « Administration – Responsabilité civile des dirigeants », n°56 ; Y. DEREU, E. SCHLUMBERGER, *J. Class. Société Traité*, v° « société en nom collectif, gérance naissance des engagements sociaux », fasc. 55-20, n°107 ; A. KIRTY et M.-C. MONSALLIER-SAINTE MLEUX, « Dirigeant de société et prise de risque », *JCP E*, 2003, 1223, n°36 ; H. LE NABASQUE, note sous Cass. com., 9 mars 2010, n°08-21547, *Rev. Sociétés*, 2010, p. 230. Toutefois, les études citées omettent presque toutes de renseigner les arrêts permettant de vérifier la solution affirmée, à l'exception de MM. Y. GUYON et M. BUCHBERGER (*art. préc.*) sans pour autant que ces auteurs importent la conviction car ils assoient leurs propos sur deux arrêts de Cour d'Appel

Dans la mesure où la jurisprudence créa elle-même ce concept de faute détachable et le définit seule, il peut être tentant de donner aux termes qu'elle choisit pour ce faire une importante portée. Aussi, les juges ayant choisi de qualifier la faute engageant la responsabilité personnelle de l'organe qui en est l'auteur de « détachable des fonctions » ou de « séparable des fonctions » et qu'elle apparaît à leurs yeux comme « incompatible avec l'exercice normal des fonctions », c'est bien l'idée d'une impossibilité d'imputation du comportement à la société qui paraît ressortir du lexique utilisé, dans la mesure où il semble constant que ce sont précisément le cadre des fonctions et l'exercice de celles-ci qui constituent les critères d'imputation des comportements à la société. Dans son rapport annuel de 2010, la Cour de cassation laisse ainsi nettement à penser qu'elle donne la faveur à cette position³²³ en énonçant à propos de la faute détachable qu'« à l'égard des tiers, la faute que commet le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions est en principe celle de la société elle-même, au nom de laquelle il agit. Mais *lorsque la faute est telle qu'elle révèle que le dirigeant ne peut l'avoir commise en représentation de la personne morale*, il doit en

présentés comme rendus en matière d'association ; or l'un est introuvable à raison vraisemblablement d'une erreur de référencement, tandis que l'autre tranche une affaire où seule la responsabilité du dirigeant est alléguée mais nullement la responsabilité de l'association : respectivement : « CA Poitiers, 20 nov. 2015, n° 14/02445 : JurisData n° 2015-025157 » (*sic*) et CA Lyon, 1er oct. 2015, n° 13/07719 : JurisData n° 2015-021901). Au contraire, certaines décisions pourraient laisser à penser que la jurisprudence laisse ouverte la possibilité de retenir cumulativement la responsabilité du dirigeant et celle de la société en présence d'une faute détachable: v. Cass. 1re civ., 6 oct. 1998, Juris-Data, n° 003841 ; Cass. 3e civ., 11 janv. 2012, n° 10-20.633 ; CA Aix, 20 sept. 2000, *D.* 2002, 1821, n. R. BESNARD GOUDET. Leur interprétation est toutefois complexe, et la détermination de leur apport sur le point qui nous occupe est l'objet d'hésitations et d'interrogations. Un arrêt pourrait sembler se prononcer de manière plus claire en ce sens, condamnant solidairement l'organe et la société représentée suite à une manœuvre trompeuse d'un dirigeant : CA Lyon 13 nov. 1996, *D.* 1998.250, note Y. REINHARD et R. MICHA-GOUDET ; *RTD Com.* 1998, p. 176 n. B. PETIT et Y. REINHARD. Ces derniers commentateurs, approuvant la condamnation du dirigeant, font toutefois montre de surprise et de circonspection quant à la décision de condamner la société représentée, particulièrement quant au fondement d'une telle condamnation (envisageant la responsabilité sur le fondement de l'enrichissement sans cause, pour avoir profité de l'agissement délictueux du gérant, les auteurs ne paraissent même pas envisager la possibilité que le comportement du gérant ait pu être imputé à la société, en plus d'à sa personnalité propre). Quant à MM Reinhard et Micha-Goudet, signataires d'une autre note (*précitée*), ils se bornent à remarquer que la condamnation de la personne morale du fait de son dirigeant dont la responsabilité personnelle fut parallèlement engagée, « est difficile à justifier » (p. 252), et qu'elle est « surprenante » (p. 250). Encore, croient-ils voir plus généralement dans cette décision (dont les enjeux dépassaient la question qui nous occupe) « une réaction d'équité » (p. 250). En tout état de cause, si certaines Cour d'Appel ont pu prononcer la responsabilité *in solidum* du dirigeant et de la société, et que la Cour de cassation a pu avoir l'occasion de refuser la cassation d'arrêts aboutissant à une telle solution (Cass. 1re civ., 6 oct. 1998 et Cass. 3e civ., 11 janv. 2012 cités *supra*), il reste qu'à notre connaissance, jamais un pourvoi ne mis la Haute juridiction en position de répondre à la question qui nous occupe.

V. enfin, reconnaissant le caractère indéterminé de la solution positive en la matière, mais plaidant en faveur d'une responsabilité combinée de la personne morale et de l'organe en cas de faute détachable : D. PORACCHIA, *art. cit.*

³²³ Au rebours de la position que les arrêts cités en note précédente auraient pu accréditer.

répondre personnellement »³²⁴ : la gravité de la faute ferait ainsi obstacle à la représentation de la personne morale ; dès lors seul le dirigeant aurait logiquement vocation à en répondre.

110. Ce qui toutefois tend à faire douter de cette interprétation réside dans la difficulté qu'il y aurait à concilier cette position avec le régime de la responsabilité pénale des personnes morales, lequel admet explicitement le cumul de la responsabilité pénale de la personne morale avec celle de l'organe auteur immédiat du délit³²⁵. Lorsque l'auteur du délit se trouve en effet être un organe de la société qui agit pour le compte de cette dernière, seront par hypothèse engagées cumulativement la responsabilité pénale personnelle de l'auteur ainsi que la responsabilité pénale de la personne morale pour le compte de laquelle il agit³²⁶.

Or, de manière assez prévisible au regard de la définition qu'elle donne de la faute séparable, la Cour de cassation, considère qu'une infraction pénale intentionnelle est « séparable comme telle des fonctions sociales »³²⁷ et emporte par là responsabilité du dirigeant qui l'a commise.

Il en résulte qu'en présence d'une telle faute pénale intentionnelle de l'organe agissant pour le compte de la personne morale, la responsabilité civile et pénale de ce dernier seraient engagées, ainsi que, par hypothèse, la responsabilité pénale de la personne morale en vertu de l'article L121-2 du Code pénal³²⁸.

Mais, si l'on devait suivre le premier raisonnement énoncé, auquel l'attachement de la Cour de cassation a été jusqu'ici suggéré, la responsabilité civile de la personne morale ne pourrait en revanche être engagée dans une telle hypothèse : la faute qui a

³²⁴ *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2010, p. 381, sous Cass. com., 28 septembre 2010, *Bull. civ.* IV, n° 146, pourvoi n° 09-66.255. Nous soulignons.

³²⁵ Art. L121-2 al. 3 du Code pénal (L. n° 92-1336, 16 déc. 1992, art. 373 modifié).

³²⁶ V. not. sur ces questions A. GALLOIS et D. GALLOIS-COCHET, « L'imputation d'une infraction attirée à une personne morale », *Mélanges Ph. Merle*, Dalloz, 2013, p. 279 ; J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale », *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 1101.

³²⁷ V. par ex. Cass. com., 28 sept. 2010, n° 09-66.255, P+B+R+I, *Bull. civ.*, IV, n° 146 ; *BJS* déc. 2010, p. 976, n° 212, note A. COURET ; *JCP E* 2010, 2084, note M. ROUSSILLE ; *JCP E* 2011, 1000, spéc. n° 1, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; Cass. com., 9 déc. 2014, n° 13-26298, *BJS* 2015, p. 134 ; *RDI* 2015, p. 84, P. DESSUEL.

³²⁸ On peut noter d'ailleurs que ce fut précisément l'hypothèse des délits intentionnels commis pour le compte de la personne morale par ses organes, qui était initialement visée dans les projets initiant le principe d'une « capacité pénale » de la personne morale ; c'est à partir de cette hypothèse restreinte que se construit le régime de la responsabilité pénale des personnes morales, dont le champ a entre temps été considérablement élargi. V. D. GUERIN, « L'introduction en droit français de la responsabilité pénale des personnes morales » : *LPA* 11 déc. 1996, n° 149, p. 4, et J.-Y.

entraîné sa responsabilité pénale étant sur le terrain civil « séparable comme telle des fonctions sociales » du dirigeant en tant que faute pénale intentionnelle, ce qui ferait obstacle à son imputation à la personne morale en matière de responsabilité civile. La société serait donc reconnue pénalement responsable du délit sans être tenue à la réparation du dommage qui en serait résulté. Elle serait en somme reconnue coupable mais non responsable³²⁹.

111. Un souci de rigueur a paru commander que l'on s'arrête sur cette hésitation relative à la notion de faute séparable. La complexité des données nécessaires à sa compréhension explique, davantage que son importance pour la démonstration qui nous occupe, la place qui lui fut accordée. Cela fait, le droit positif pourrait être simplement présenté de la manière suivante : le rattachement à la personne morale d'un comportement humain susceptible d'être qualifié de fait juridique et de déclencher notamment la mise en œuvre d'un régime de responsabilité est conditionné au fait que l'organe ait agi « dans le cadre de ses attributions » ou de ses fonctions, pour le compte de la société ; c'est la possibilité de relier intellectuellement le comportement – ou l'action générale dans laquelle celui-ci prit place – à l'exercice des fonctions de l'organe qui, structurellement, emporte son imputation à la personne morale³³⁰. Et si un tel comportement, satisfaisant par hypothèse à ces conditions d'imputation, est constitutif d'une faute intentionnelle d'une particulière gravité qualifiée d' « incompatible avec l'exercice normal des fonctions » de l'organe³³¹, une hésitation subsiste quant à la possibilité de l'imputer alors à la personne morale. La gravité de la faute serait peut-être de nature à l'interdire.

MARECHAL, *J. Class. Société*, v° Fasc. 28-70 : « Responsabilité pénale des personnes morales », spéc. n°6.

³²⁹ Il serait bien entendu possible d'admettre une exception à l'irresponsabilité de la personne morale pour la faute détachable de son dirigeant dans cette seule hypothèse où la faute détachable constitue une faute pénale afin de préserver une certaine cohérence du droit civil et du droit pénal. La condamnation pénale de la personne morale entraînerait alors, de manière exceptionnelle, sa responsabilité civile vis-à-vis de la victime

³³⁰ Sur la relativité de ces critères, v. *supra*.

³³¹ Si la notion de faute détachable fut initialement conçue pour traiter de la responsabilité des dirigeants vis-à-vis des tiers, la jurisprudence a semble-t-il étendu son application aux autres organes de la société, v. pour l'assemblée générale, Cass. com. 18 févr. 2014, n°12-29752, *Bull. Civ. IV*, n°40 ; *D.* 2014, p. 764, n. T. FAVARIO ; *RDC* 2014, p. 372, n. G. VINEY ; *JCP E*, 2014, p. 1160, n. B. DONDERO ; *Gaz. Pal.*, 16 avr. 2014, n°107, p. 1141, N. BLANC ; *BJS*, 2014, p. 382, obs. B. FAGES ; *Lettre CREDA-Sociétés*, Mars 2014, n. J. CHACORNAC.

En d'autres termes, et pour reprendre la dichotomie d'un auteur³³², le fait d'un organe ne sera rattaché à la société, qu'à la condition de ne pas être « *détaché* » de ses fonctions – c'est à dire personnel à son auteur –, tandis qu'une incertitude subsiste dans l'hypothèse où il s'agirait d'une faute « *détachable* », soit, schématiquement, particulièrement grave.

112. Au-delà même des hésitations qui furent jusqu'ici évoquées, c'est en réalité la structure même du raisonnement qui irrigue cette présentation, centrée sur la distinction de deux exigences semblant situées à deux plans de raisonnement distincts (consistant d'abord à se demander si le dirigeant exerçait ses fonctions ; puis s'il les exerçait de manière normale), qui paraît devoir être relativisée.

Le droit positif procède en effet d'une jurisprudence qui, de l'aveu même des magistrats qui l'ont faite³³³, s'est construite de manière casuistique et erratique³³⁴ (suscitant pour cela de nombreuses critiques³³⁵). Aussi sans doute convient-il de ne pas donner trop d'importance aux frontières conceptuelles qui séparent les notions qui furent utilisées pour en rendre compte. Les juges, en la matière, paraissent avoir fait flèche de tout bois pour aboutir aux solutions qui leur paraissaient les mieux adaptées aux litiges qui les appelaient, sans trop s'embarrasser de notions dont ils repoussaient à plus tard ou confiaient à la doctrine le fardeau de la définition³³⁶.

³³² D. VIDAL, *art. cit.* in *Dr. des Sociétés* 2001 (l'auteur limite l'emploi de ces termes à la faute).

³³³ « Les contours de la notion de faute séparable des fonctions sociales, laquelle est contrôlée par la Cour de cassation, demeurent difficiles à tracer. Cette difficulté ne doit pas étonner : en matière de responsabilité civile, la jurisprudence ne se construit qu'empiriquement. C'est au fil des affaires, à l'épreuve de la diversité des situations concrètes que le contenu des principes qui l'inspirent est précisé. » *Rapport Cour de cassation préc.*

³³⁴ F. BARBIÉRI, *art. cit.* in Mél. Guyon, *op. cit.* p. 51

³³⁵ v. par exemple B. PETIT et Y. REINHARD : « Responsabilité civile des dirigeants » : *RTD com.*, 1997, p. 282 ; V. WESTER-OUISSE : « Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions » : *D. Affaires*, 1999, p. 782 ; B. SAINTOURENS, note sous Com. 28 avr. 1998, *Rev. sociétés* 1998.769.

³³⁶ Il n'est pas rare de trouver mêlées sous la plume des juges – ainsi qu'assez probablement dans leur esprit –, les idées de « faute détachable » et d'imputation personnelle (v. par exemple Cass. com., 22 janv. 1991 : *RF compt.* mai 1991, p. 62. qui exige pour engager la responsabilité du dirigeant la démonstration d'une faute « qui soit détachable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement »). V. encore, pour un exemple d'utilisation approximative de la frontière séparant les notions de faute « personnelle » de la faute « détachable » CA PARIS, 10 sept. 1999, *BJS* 1999, p. 1223, n. L. GODON, qui semble reprocher au gérant *ès qualités* une faute « séparable » pour l'utilisation de prérogatives dont il dispose en qualité d'associé, il aurait probablement mieux valu s'appuyer sur la notion de faute personnelle car ce n'est pas en qualité de gérant que les comportements litigieux ont été commis. Tout au plus aurait pu être reproché le cas échéant une faute « détachable » si l'auteur avait été attrait en qualité d'associé ; v. not. pour une critique D. VIDAL, *art. cit.*, *Dr des Sociétés* 2001, v. inversement pour une hypothèse où c'est, en amont, l'imputation personnelle au dirigeant qui paraît commander la solution des juges alors que la notion de faute séparable aurait probablement été mieux adaptée, CA Grenoble, 20 mars 2001, *Juris-Data*, n° 151463.

La proximité de ces définitions incite d'ailleurs tout autant au pragmatisme³³⁷. De fait, il n'est pas exceptionnel de voir les juges s'appuyer sur l'éloignement des circonstances de la réalisation d'un comportement vis-à-vis de l'objet social – et donc au travers de cette notion, sur l'éloignement du comportement vis-à-vis des fonctions – pour caractériser une faute « détachable », sans égard pour sa gravité, au rebours donc de la présentation qui fut jusqu'ici livrée³³⁸.

113. Une fois ces subtiles précisions évacuées, notre propos qui tend essentiellement à dégager les tendances structurelles du mécanisme d'imputation de comportements humains à la personne morale paraît pouvoir s'accommoder de l'idée générale selon laquelle, « le dirigeant répond exclusivement des fautes qui peuvent être dissociées intellectuellement des fonctions qu'il exerce au sein de la société »³³⁹, tandis que réciproquement, la société répondra des fautes de l'organe qui entretiennent avec ces fonctions un lien intellectuel, matériel ou d'apparence certain – quitte à ce que soit admis que la gravité de la faute de l'organe fasse obstacle à la caractérisation d'un tel lien à raison de l'incompatibilité qui en résulterait avec l'exercice « normal » de ces fonctions.

Les fonctions de l'organe ressortent ainsi comme le pivot essentiel du mécanisme servant à la ventilation de l'imputation des comportements de l'organe aux différentes personnalités juridiques en jeu (la sienne propre, et celle de la personne morale qu'il sert).

114. Cette tendance structurelle admise, le lien entre ces « fonctions de l'organe » et l'activité que la personne morale a pour but de réaliser et que définit son objet social, paraît à l'évidence assez ténu, presque tautologique. Comment définir autrement le but, la finalité des fonctions confiées au dirigeant de société qu'en référence à l'activité de la société et à son objet social en particulier ? C'est semble-t-il l'essence même des fonctions du dirigeant que d'œuvrer justement à la concrétisation de ce programme. L'ensemble des prérogatives, des pouvoirs et des moyens dont il dispose et qui définissent sa condition, ne lui sont octroyés qu'à cette fin. Aussi, quoique le droit positif n'est peut être pas aussi

³³⁷ Rappelons que la faute « personnelle » ou « détachée » serait celle commise sans lien avec les fonctions, tandis que la faute « détachable », celle qui, bien que rattachable aux fonctions, ne relèverait pas de leur « exercice normal » ; v. D. VIDAL, art. cit., *Dr. des Sociétés* 2001.

³³⁸ V. Cass. crim., 7 sept. 2004, n° 03-86.292, F-D ; CA Aix, 20 sept. 2000, *D.* 2002, 1821, n. R. BESNARD GOUDET.

³³⁹ J. ABRAS, art. cit., n°3

linéaire qu'il pourrait l'être, et que cette tendance structurelle peut souffrir de quelques nuances, il paraît en définitive possible de conclure qu'en principe « le problème de l'engagement social né des délits et quasi-délits des gérants ne se pose à vrai dire que lorsqu'existe un lien entre ces faits et la poursuite de l'objet social »³⁴⁰ puisqu'en effet « la société n'est pas engagée par les délits et quasi-délits qui ne se rattachent pas directement ou indirectement à l'exercice des fonctions du gérant »³⁴¹, lesquelles se définissent à l'aune de l'objet de la société.

115. Conclusion : l'existence d'un lien structurel entre les dettes de la société issues d'un « fait juridique » qui lui est imputé et la poursuite de l'objet social – Au terme de cette analyse des conditions d'imputation de faits juridiques à la personne morale, il paraît possible d'aboutir à une conclusion semblable à celle retenue plus haut concernant la cause des dettes sociales trouvant leur origine dans un acte juridique. Comme pour les dettes dont la personne morale est tenue en vertu d'un acte juridique, les dettes qui grèvent son patrimoine en conséquence d'un fait juridique peuvent en principe – à suivre ce raisonnement dont il faut admettre les nuances et la relativité – être analysées comme trouvant leur cause dans la poursuite de l'activité à laquelle est affectée la société.

§3. L'affectation des biens et des droits de la personne morale à la poursuite de son objet social

116. Les dettes trouvant leur élément déclencheur dans une situation juridique « latente » – principe – Il est une dernière catégorie de dettes dont il convient de traiter ici. Il est en effet des dettes dont l'élément déclencheur n'est pas un comportement déterminé de celui sur qui elles pèsent – ou de son représentant – contrairement aux hypothèses qui furent évoquées plus haut, car c'est parfois davantage à une situation latente, à un état d'appropriation d'un bien ou d'un droit, que la dette se trouve attachée. Il en est ainsi par exemple des dettes qui résultent de la propriété d'un bien (une obligation issue d'une norme d'urbanisme dont l'application est fonction de la

³⁴⁰ Y. DEREU, E. SCHLUMBERGER, *J. Class. Société Traitée*, fasc.. 55-20, « société en nom collectif, gérance- naissance des engagements sociaux », *préc.* n°101

³⁴¹ *Idem.* ; v. aussi, CA Lyon, 9 avr. 1951 : *Mon. jud. Lyon*, 4 sept. 1951.

propriété d'un immeuble par exemple ; une obligation spécifique de gestion ou de stockage de certains déchets toxiques ; une servitude grevant un bien dont le respect imposera certaines obligations d'entretien à son propriétaire; une dette issue d'un impôt du à raison de la propriété d'un bien déterminé, etc.) ou de la propriété d'une somme de biens (ainsi par exemple de la dette fiscale issue d'un impôt ayant pour assiette l'ensemble des richesses d'un contribuable au-delà d'un certain seuil). Ces dettes ne semblent pas sanctionner un fait ou un acte précis mais sont plutôt déclenchées par la seule propriété de certains biens.

De même les dettes déclenchées par la mise en œuvre d'un régime de responsabilité objective semblent procéder de la même logique : ainsi lorsqu'une dette de responsabilité est établie à l'endroit du titulaire d'un droit marqueur d'un pouvoir de garde d'une chose (le propriétaire sur qui pèse une présomption de garde, ou celui qui s'est vu conféré un droit à l'usage³⁴²) ou d'un droit marqueur d'un lien de subordination (l'employeur par exemple, réputé commettant et responsable de plein droit du fait de son préposé), ces dettes sont établies sans qu'intervienne une quelconque considération du comportement du débiteur mais simplement en tant que conséquence de la « titularité » d'un droit (droit de propriété, pouvoir de « contrôle », etc.).

Dans ces hypothèses, c'est la seule titularité latente d'un droit, plus que la réalisation d'un comportement qui appelle le déclenchement de la dette à laquelle sera tenu le débiteur.

117. Relativité de la singularité de cette catégorie de dettes – Il n'est nullement prétendu que la distinction qui est ici utilisée entre les dettes trouvant leur source dans un comportement du débiteur et celles attachées à la « titularité » d'un droit repose sur une cohérence parfaite, ni que son maniement et son application soient ici d'une rigueur sans faille.

Cette distinction est certainement, en son principe, à relativiser. Il pourrait être en effet prétendu que ces droits, ces « situations latentes » auxquelles sont attachées des dettes, trouvent *in fine* leur origine dans un acte ou un fait juridique réalisé par le

³⁴² La garde entraînant une responsabilité du fait des choses peut également être caractérisée en considération d'un comportement marqueur d'une appropriation matérielle des pouvoirs de contrôle, d'usage et de

débiteur de la dette – actes ou faits juridiques supposant de sa part, un comportement. Il n'y aurait dès lors pas lieu de distinguer ces dettes de celles qui furent plus haut étudiées en tant que trouvant leur cause dans un acte ou un fait juridique du débiteur.

Ainsi, par exemple, la dette issue d'un impôt assis sur la propriété d'un bien, peut certes de prime abord être perçue comme rattachée à la titularité « passive » ou « latente » d'un droit, mais il pourrait sembler tout autant convaincant de remonter la chaîne des causalités pour considérer que la titularité de ce droit étant la conséquence d'un fait juridique (possession acquisitive) ou d'un acte juridique (acte translatif de propriété), cette dette trouve *in fine* sa cause première dans la réalisation d'un comportement du débiteur ou de son représentant.

De fait, il semble que les situations de titularité de droits, de biens ou d'appartenance à une catégorie juridique d'où résulte le déclenchement de dettes sont toutes la conséquence plus ou moins médiate de la réalisation d'un fait ou d'un acte juridique quelconque de la part du débiteur de la dette ou de son représentant.

Mais parce que le lien de cause à effet entre le comportement ayant permis l'acquisition d'un droit et le déclenchement de la dette sanctionnant d'une manière ou d'une autre sa « titularité » peut sembler trop distant, à raison essentiellement de l'indifférence formelle de la cause comportementale d'acquisition du bien ou du droit auquel est attachée la dette, il paraît opportun de traiter ce type de dettes de manière autonome vis-à-vis de celles qui trouvent leur cause plus immédiate dans un acte juridique ou un fait juridique de leur débiteur pour la présentation qui nous occupe.

118. Analyse de ces dettes en tant que charge de l'activité à laquelle la société est affectée – En tout état de cause, si l'on veut bien souscrire à cette distinction, les dettes dont l'élément déclencheur repose moins sur un comportement du débiteur que sur une situation latente de détention de droits, de biens, ou sur l'appartenance à une « situation juridique », peuvent, autant que celles précédemment évoquées, être considérées comme la conséquence, la charge, de l'activité à laquelle est affectée la personne morale.

direction. Une telle hypothèse appelle les réflexions développées plus haut concernant l'imputation de comportements humains à la personne morale (v. *supra* §2, n° 100 et s.).

Ce constat peut être tiré en tant que conséquence des développements qui précèdent et se déduit simplement des données suivantes.

119. Tout d'abord, il a été plus haut mis en évidence que les biens, les droits de la personne morale, ne peuvent en principe être engagés que dans le cadre d'une opération pouvant se rattacher à la poursuite de l'activité qui constitue l'objet social (puisque la poursuite de l'activité définie borne en principe le pouvoir de représentation et la mission des organes représentants). Ensuite, les richesses dont ces biens et ces droits sont porteurs, sont, en tant qu'actif du patrimoine de la personne morale, affectés de plein droit à la garantie des obligations qui le grèvent, lesquelles trouvent – on l'a démontré pour celles issues d'un acte ou d'un fait juridique imputés à la personne morale – leur cause dans la poursuite de l'activité qui fonde l'existence de la personne morale. Enfin, les utilités matérielles que les biens et les droits de la personne morale sont susceptibles de conférer, ont vocation à n'être retirées que dans le cadre de la poursuite de cette activité³⁴³.

Il résulte de la prise en compte de ces données que les biens et les droits qui composent le patrimoine de la société sont en principe, quant à la richesse qu'ils portent, quant aux utilités matérielles et juridiques qu'ils confèrent, affectés à la poursuite de l'activité à laquelle la société est dévolue. L'appropriation d'un droit ou d'un bien par une personne juridique dont l'existence n'est justifiée que par la poursuite d'une activité déterminée emporte, de manière relativement cohérente, une affectation de ces biens et de ces droits à l'activité qui fonde la personnalité à laquelle ils sont rattachés³⁴⁴.

³⁴³ Le droit de recueillir les utilités matérielles des droits et des biens de la personne morale peut, pour certains individus agissant pour le compte ou dans l'intérêt de la personne morale (dirigeants, salariés, etc.), résulter d'une sorte d'habilitation implicite tenant à la définition de leurs missions. Dans une telle hypothèse, cette habilitation implicite est nécessairement bornée par ce que requiert leur mission, soit indirectement, par la finalité de la personne morale.

Ce peut être ensuite en vertu d'une habilitation particulière et spécifique qu'un individu peut être amené à bénéficier des utilités matérielles d'un bien dont la personne morale a la propriété ou d'un droit dont la personne morale est titulaire. Mais l'acte juridique par lequel ce droit aux utilités matérielles sera conféré, devant être passé par un organe apte à représenter la société, se trouvera soumis au régime décrit plus haut régissant les pouvoirs de représentation des organes de la personne morale. De sorte que si un droit de jouissance aux utilités d'un droit ou d'un bien de la personne morale est conféré par le biais d'un acte juridique, il faut que d'une manière ou d'une autre cette opération puisse se rattacher à l'objet social à raison des exigences issues du régime de représentation de la personne morale (v. *supra* §1).

³⁴⁴ De nombreux auteurs se sont attachés à démontrer que l'opération d'apport emportait affectation des biens à l'activité objet de la société (v. par exemple S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. NERSON, LGDJ, 1976, p. 78, n°86 et s. et les références citées), tel est d'ailleurs la conception du législateur qui définit la société comme le contrat par lequel certains biens sont affectés à une entreprise (art. 1382 du Code civil). Il semble assez peu discutable que cette

De ce fait, les dettes dont l'élément déclencheur consiste en la seule « titularité » d'un droit, ou la seule propriété d'un bien et dont la société personnifiée est tenue, peuvent être à leur tour considérées, tout autant que les précédentes sortes de dettes envisagées, en tant que charges grevant la poursuite de l'activité lucrative qui constitue l'objet de la société puisqu'elles sont attachées à la détention des moyens de réalisation de celle-ci. Ces dettes peuvent ainsi tout autant que les précédentes trouver leur cause dans la volonté de réalisation de cette activité, et être considérées comme en constituant le corollaire, la charge.

Ainsi, ici encore, lorsqu'une société personnifiée se trouve débitrice d'une dette de ce type (attachée à la détention d'un bien ou d'un droit), il est aisé de percevoir le lien qu'entretient la dette considérée avec l'activité dont a la charge la personne morale. Celui-ci se déduit du fait que le bien ou le droit dont la dette est le corollaire, est en principe affecté à la poursuite de l'activité définie par l'objet social.

120. *In fine*, il apparaît donc que le régime des structures personnifiées semble toujours construit de telle sorte que l'ensemble des dettes venant grever le patrimoine d'une personne morale donnée, quelles qu'en soient l'élément déclencheur (fait juridique, acte juridique ou simple « titularité » d'un droit ou propriété d'un bien), trouvent leur cause dans la poursuite de l'activité qui justifie l'existence de la personne morale³⁴⁵.

affectation ne concerne pas que les seuls biens qui furent initialement apportés à la société lors de sa constitution (ou qui accompagnent l'entrée d'un nouvel associé) mais qu'elle grève l'ensemble des biens et des droits compris dans le patrimoine social, l'ensemble des biens de la société étant soumis à un régime identique, sans distinction selon leur source d'acquisition. (v. par exemple en ce sens, G. RIPERT, et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, 22^{ème} éd. LGDJ, 2017, n°1501, p. 10 qui définissent la société de la manière suivante : « les biens apportés par chaque associé sont réunis pour former un *patrimoine séparé* de celui de chacun des associés et ce patrimoine est affecté à l'exploitation convenue » ; v. aussi R. PERCEROU, *La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation*, th. Paris, 1951).

³⁴⁵ Il est aussi une sorte de dette de la personne morale que nous n'avons pas évoquée en raison de son caractère exceptionnel en droit positif ; il s'agit de la dette de responsabilité dont la personne morale peut être tenue à raison d'un défaut d'organisation (v. Cass. civ. 1^{ère} 15 déc. 1999, *Bull. civ.* I, n°351 ; JCP G 2000, II, 10384, n. G. MÉMETEAU ; I, 241, n°6, obs. G. VINEY) ; le projet de réforme du droit de la responsabilité civile envisage cependant sa consécration, (v. art. 1242-1). Une dette de responsabilité qui trouverait sa cause dans un tel fondement s'accorde en réalité sans difficulté avec la lecture jusqu'ici proposée. On pourrait ou bien considérer le défaut d'organisation dont elle procède comme une faute des dirigeants – ce qui la rattacherait à la seconde des catégories de dettes ici envisagées – ou bien considérer cette dette comme faisant partie de la catégorie de celles qui trouvent leur élément déclencheur dans une situation juridique latente (en l'occurrence l'organisation des moyens de réalisation de l'activité) ; une telle dette de responsabilité pourrait donc, à l'un quelconque de ces titres, être considérée donc comme trouvant sa cause finale dans la poursuite de l'activité. Et partant, appelle les mêmes observations ; aussi méritera-t-elle d'être supportée par les

Or la place qu'occupe structurellement l'associé par rapport à cette activité, semble le désigner comme celui qui doit répondre de ces dettes.

Section 2 - La responsabilité de principe de l'associé pour les dettes sociales en tant que réalisateur et bénéficiaire de l'activité sociale

121. Si l'on s'est efforcé de mettre en évidence le fait que le régime est construit de telle sorte que l'ensemble des dettes qui grèvent le patrimoine social trouvent leur cause dans la poursuite de l'activité à laquelle la personne morale est affectée, c'est pour tâcher d'identifier ensuite celui à qui il apparaît légitime de faire supporter le poids de ces charges. Bien sûr, formellement, c'est le patrimoine de la personne morale que grèvent les dettes nées de l'activité. Mais si l'on poursuit notre démarche consistant à analyser les structures sociales personnifiées en tenant la personnalité morale pour rien de plus que la représentation imagée d'un régime juridique, c'est l'associé sous-jacent qui apparaît structurellement comme celui qui doit supporter *in fine* la charge des dettes qu'a engendré l'activité sociale et qui sont rapportées au patrimoine de la personne morale.

Structurellement en effet, l'associé est celui qui se trouve être tout à la fois l'architecte, le chef d'orchestre de l'activité et celui qui en recueille les fruits. À ces titres, il apparaît tout naturellement désigné pour supporter en contrepartie les charges et les risques qui en découlent. La percée du voile de la personne morale et la mise en perspective de la place de l'associé vis-à-vis de cette activité fait apparaître cette solution comme une évidence si l'on rapporte la position qu'il occupe aux grandes lignes directrices de responsabilisation qui gouvernent notre système juridique. Ce qui permet de faire apparaître la soustraction à cette responsabilité, que le régime de SSPRL organise, comme hautement dérogoire.

associés pour les raisons que l'on s'apprête à développer (*infra* Section 2). On pourrait d'ailleurs considérer alternativement qu'une telle dette de responsabilité de la personne morale pour défaut d'organisation procède d'une faute imputable directement à la collectivité d'associé. Si l'on devait retenir cette dernière conclusion, cela resterait indifférent pour notre démonstration, car de manière plus évidente encore, les associés seraient désignés pour en supporter la charge définitive.

Après avoir donc mis en perspective les prérogatives structurelles de l'associé avec les grandes lignes directrices d'imputation des risques, des pertes et des dommages qui irriguent notre droit positif (Sous-section 1), il conviendra de se prononcer d'un mot sur l'analyse qu'il convient de réserver à quelques figures hétérodoxes d'actionnaires (Sous-section 2), avant de comparer la mesure de limitation de responsabilité de l'associé au mécanisme de limitation conventionnelle de responsabilité tel qu'il est admis en droit positif (Sous-section 3).

Sous-section 1 – Fondements de la responsabilité structurelle des associés

122. Ce sont les prérogatives structurelles de l'associé de SSPRL qui le désignent naturellement comme celui qui devrait supporter les charges et les risques de l'activité sociale. Après avoir schématiquement décrit la position qu'il occupe par rapport à l'activité sociale (§1), il sera facile de se rallier à cette conclusion en confrontant ces prérogatives à certains des grands principes d'imputation des charges et des risques qui constituent la charpente de notre système juridique (§2).

§1. Les prérogatives structurelles de l'associé

123. Les structures sociales à risque limité peuvent être analysées, nous l'avons dit, comme des outils de technique juridique utiles à encadrer l'organisation d'une activité. Cette activité est, en principe, celle définie par les associés dans les statuts comme l'objet social de leur structure. Et les dettes qui grèvent le patrimoine de cette dernière trouvent logiquement leur cause dans la poursuite de cette activité. Compte tenu du rôle que tiennent les associés par rapport à cette activité, tout semble les désigner comme étant ceux qui doivent supporter le poids des dettes que cette activité fait naître et qui, dans un premier temps d'analyse, grève le patrimoine social.

124. L'associé architecte de l'activité – Tout d'abord, ce sont les associés qui sont à l'origine de l'existence de la société et de son activité : c'est la communauté des associés qui donne naissance à la structure personnifiée, qui choisit le cadre d'exploitation de l'activité sociale, qui définit cette dernière en précisant les contours de l'objet social, qui est autorisé à modifier ce dernier, qui nomme et révoque ceux qui auront la charge de le réaliser, qui dispose du pouvoir de veiller au respect de l'objet social par les dirigeants, qui dispose de la possibilité de faire cesser l'activité notamment par la dissolution de la société, etc.³⁴⁶

Aussi les associés apparaissent-ils assurément comme ceux qui établissent le cadre d'organisation de l'activité sociale, de laquelle naîtra les dettes qui grèveront le patrimoine social. C'est de leur volonté créatrice que naît l'activité sociale – et partant les charges et les risques qui lui sont inhérents.

125. L'associé chef d'orchestre de l'activité – En SSPRL, ce ne sont pas en principe les associés *ès-qualités* qui réalisent au quotidien les actes utiles à l'exploitation de l'activité sociale³⁴⁷. Du moins cette fonction n'est-elle pas inhérente à leur qualité. Ce sont les dirigeants qui se chargent de la mise en œuvre dynamique de l'activité sociale car ce sont eux qui ont le pouvoir d'engager la société, ses biens et ses droits. La réalisation concrète de l'activité peut se faire le cas échéant à un niveau inférieur par l'exécution de contrats de travail ou de prestation, lesquels auront été passés par les dirigeants ou sous la supervision de ceux-ci.

Les dirigeants toutefois, quelle que soit la liberté de manœuvre dont ils disposent, restent structurellement les agents des associés. Ces *mandataires* ou organes sociaux, n'agissent pas pour leur compte, mais au nom et pour le compte de la société. Et au travers de la société qu'ils représentent formellement et dans l'intérêt de laquelle ils sont tenus d'agir³⁴⁸, ce sont les intérêts des associés qu'ils servent car ce sont essentiellement ces derniers qui ont vocation à tirer les fruits de leur gestion (*v. infra*) et c'est, pour cette raison, aux associés qu'ils répondent de leur gestion. C'est en effet la communauté des associés qui nomme les dirigeants³⁴⁹ et dispose du pouvoir de

³⁴⁶ V. P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.* 7^{ème} éd., n° 93 et s., p. 91 et s.

³⁴⁷ Par exception, cela peut advenir notamment dans les SELARL.

³⁴⁸ Rappr. art. 1833 du Code civil.

³⁴⁹ On notera toutefois que les membres du directoire dans les SA qui connaissent cet organe, sont nommés, non pas directement par les actionnaires, mais par les membres du conseil de surveillance, lesquels cependant sont bien nommés par l'assemblée générale des actionnaires. C'est donc de

fixer les limites de leur mission et de leurs attributions³⁵⁰. Aussi, est-ce à cette communauté d'associés que les dirigeants sont régulièrement tenus de rendre des comptes et c'est par cette même communauté d'associés que les dirigeants sont susceptibles d'être révoqués, en principe à tout moment³⁵¹.

Dès lors, on remarquera aussi que même lorsque l'activité sociale effectivement menée par les dirigeants s'écarte de l'objet social que les associés ont arrêté, ou qu'elle ne consiste qu'en une portion de l'activité générique prévue aux statuts, il reste possible de rapporter ces choix de détermination de l'activité effective à la volonté souveraine de la collectivité des associés car c'est sous sa supervision que l'activité sociale se réalise.

126. L'associé bénéficiaire de l'activité – Structurellement enfin, les régimes de SSPRL sont construits de telle sorte que ce sont les associés qui se partagent les fruits que l'activité sociale fait naître ; c'est la communauté des associés qui a vocation à recueillir l'intégralité du profit réalisé. Tel est en principe la cause de l'engagement des associés, et ceux que l'on présente associés de SSPRL sont tous en principes dotés de cette prérogative³⁵². En effet le surplus de richesse qu'engendre l'exploitation de l'activité a vocation à profiter aux associés, par la distribution régulière en cours de vie sociale des dividendes et des bénéfices d'exercice, ou au terme de la société, grâce au partage du *boni de liquidation*.

127. L'associé titulaire d'une propriété affectée sur les biens composant le patrimoine social ? – Si l'on envisage le lien qui unit l'associé aux biens composant le patrimoine social, il semble parfaitement envisageable de se représenter un tel régime en

manière indirecte que les membres du directoire représentent les actionnaires, à la manière dont les sénateurs sont indirectement supposés représenter le peuple en ce qu'ils sont élus par ceux que le peuple a directement élu.

Si la communauté d'actionnaire cependant n'est pas directement à l'origine de la nomination des membres du directoire, elle dispose cependant du pouvoir de les révoquer (art. L 225-61 du Code de commerce). La société ne saurait être dirigée par ceux que les actionnaires désavoueraient.

³⁵⁰ V. not. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, 32^{ème} éd., n°394 et s., p. 164 et s.

³⁵¹ Sous réserve d'une obligation d'indemniser en cas de révocation sans juste motif. Cette règle, relativement récente s'est substituée au principe de révocation *ad nutuum* pour tenir compte du fait qu'au contraire du mandat de droit civil, présumé service d'ami à titre gratuit, le mandat social des dirigeants constituait leur gagne-pain, ce dont découlait la nécessité de leur offrir une certaine protection. V. P. et Ph. DIDIER, *op. cit.*, n°343, p. 276 et s.

³⁵² Comp. cependant *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, n° 266 et s.

usant des concepts de propriété affectée, et il ne paraît pas y avoir de différence structurelle entre la position du constituant de fiducie gestion par exemple, et l'associé d'une structure personnifiée. Aussi la thèse selon laquelle la personnalité morale ne serait qu'un outil de réalisation de cette propriété affectée – âprement défendue par Saleilles notamment³⁵³ – paraît tout à fait apte à rendre compte de la position de l'associé vis-à-vis des biens composant le patrimoine social³⁵⁴.

Sous ce prisme, l'opération d'apport réalise l'affectation des biens dont les associés sont riches à l'activité sociale, tandis que, une fois la société instituée, les associés disposent simplement du pouvoir de régir le cadre de cette affectation et de veiller à la bonne réalisation de l'activité à laquelle ils ont affecté leurs richesses. Leur qualité de propriétaire leur donnent vocation à en retirer les fruits et, lorsqu'ils décident de mettre un terme à cette affectation par la dissolution de la société, c'est entre leurs mains que la pleine propriété des biens composant le patrimoine social se reconstitue³⁵⁵. Mais tant que cette affectation n'a pas cessé, elle est susceptible de s'imposer aux associés et peut leur être opposée, ce dont découle l'affectation finalisée des pouvoirs dont ils disposent³⁵⁶.

³⁵³ *De la personne juridique, op. cit.* spéc. p. 390. Rapp. aussi, E.-E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5^{ème} éd., Rousseau, 1916, n°280 et s., p. 180 et s. ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.* t. I., 4^{ème} éd. 1906, LGDJ, n°3007 et s., p. 971 et s. Rapp. aussi *supra* Chapitre 1.

³⁵⁴ Rapp. également pour une approche renouvelée, C. DEL CONT, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, préf. F. COLLART DUTILLEUL et G. J. MARTIN, L'Harmattan, 1998. Et not. p. 103 : « l'étude du droit positif nous a permis de constater que, quelles que soient les reconnaissances formelles de la rupture de l'appartenance et de la maîtrise, le principe de l'autonomie des sujets de droit dissimule la réalité des rapports de dépendance qui se développent dans le cadre contractuel comme dans le cadre sociétaire, entre agents économiques titulaires de la maîtrise et ceux qui ne sont plus « maîtres de la chose objet de leur droit. (...) En raisonnant uniquement sur le statut juridique formel des agents économiques, le droit ne peut traduire fidèlement, sur le terrain de la responsabilité, les rapports de dépendance qui ont pour objet et ou pour effet de vider de sa substance l'indépendance juridique des propriétaires formels ; toute tentative de transfert de responsabilité fondé sur la subordination économique se heurte à l'indépendance juridique des agents économiques dominés. Il n'est donc pas abusif de dire que le concept abstrait de sujet juridique est un facteur de l'apparition et du maintien du décalage entre la détention et l'exercice du pouvoir / maîtrise et l'endossement définitif de la charge de la responsabilité. Ainsi, dans les rapports économiques la personnalité juridique peut elle être regardée comme un instrument d'imputation des risques économiques et /ou commerciaux, comme « une technique destinée à faire naître formellement des sujets de droit susceptibles de recevoir dans leur patrimoine la propriété - appartenance et les risques qui lui sont attachés » ».

³⁵⁵ On pourrait peut être aussi parler d'une sorte de propriété économique : bien sûr les associés ne sont pas propriétaires des biens sociaux au sens de l'article 544, et ne disposent-ils pas du « droit de disposer des choses de la « manière la plus absolue ». Mais, ainsi que le remarquait M. P. Didier, ils méritent ce titre si l'on veut bien considérer que le propriétaire est une personne qui bénéficie du solde d'un actif après paiement des créanciers (art. 2092, C.civ.) et que l'on observe, en outre, que les associés ont, et eux seuls, le droit corrélatif de désigner ceux qui auront le pouvoir de disposer de l'actif social » (P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés », *Mél. Sayag*, Litec 1997, p. 227 et s., spéc. p. 229.

³⁵⁶ Ce qui explique notamment la prohibition de l'abus de biens sociaux qui consiste à détourner les richesses sociales de leur affectation (M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, 32^{ème} éd.,

Au vrai cette lecture de la personnification paraît tout à fait convaincante ; le recours à la personnalité morale constitue certes un moyen de représentation pertinent pour rendre compte du régime de droit positif institué, mais le concept de propriété affectée pourrait dans l'absolu tout autant servir de biais de représentation du régime à l'œuvre³⁵⁷. Et vraisemblablement, le recours à cet autre système de représentation permettrait de mettre davantage en évidence la naturelle vocation des associés à supporter les charges inhérentes aux biens composant le patrimoine social ainsi que celle de répondre des dettes qui découlent de l'utilisation de ces biens conformément à l'affectation que leur ont donné les associés³⁵⁸.

128. La combinaison de ces données qui définissent le rôle de l'associé de SSPRL laissent peu de doute quant à sa vocation à supporter les charges et les risques de l'activité menée par la structure personnifiée si l'on confronte ces prérogatives aux grands axiomes d'imputation de responsabilité – entendu en un sens large – qui traversent notre système juridique.

§2. Confrontation de la position de l'associé de SSPRL aux grands courants d'imputation de charges et de risques

129. **La vocation au profit et le pouvoir de maîtrise comme fondement de responsabilité** – L'idée selon laquelle la charge des risques qui découlent d'une activité

n° 971, p. 406 et s.), la possibilité de neutraliser les pouvoirs politiques de l'associé lorsqu'il les exerce dans son intérêt personnel et non dans l'intérêt de la société (v. *J. Class. Sociétés traité*, Fasc. 136-35 : « Assemblées d'actionnaires – Règles communes à toutes les assemblées. – Tenue de l'assemblée », par. F. MANSUY, n°178 et s.), ou encore la nullité des actes passés pour le compte de la société qui, bien qu'acceptés à l'unanimité des associés, seraient contraires à l'intérêt social. Encore que dans les structures à risque limité, une telle solution semble remise en cause par la jurisprudence récente bien que la question reste discutée (rapp. F. DEBOISSY et G. WICKER, obs. sous Cass. com. 12 mai 2015, cité *infra*) : v. Cass. com. 12 mai 2015 (n°13-28.504 et 14-11.028, *BJS* 2015, p. 650 n. R. MORTIER ; *Rev. sociétés* 2015, p. 515 n. A. VIANDIER ; *JCP E* 2016, n°1036, n°5, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; et Cass. com. 19 sept. 2018, n°17-17.600, *BJS* 2018, p. 627 n. J.-J. BARBIERI ; *Dr. des sociétés* 2018, n°207, obs. J. HEINICH ; *JCP E* 2019, 1145, n°7, obs. J.-C. PAGNUCCO). Rapp., à propos de la récente consécration de la notion à l'article 1833 du Code civil, D. SCHMIDT, « La loi PACTE et l'intérêt social », *D.* 2019, p. 633 et s.

³⁵⁷ V. *supra* n°66.

³⁵⁸ Comme en atteste le choix de principe fait par le législateur de tenir le constituant de fiducie responsable de l'insuffisance d'actif du patrimoine fiduciaire, v. art. 2025 C. civ. et *infra* n°131.

doit être supportée par ceux qui élaborent et organisent le cadre de celle-ci et en tirent profit, semble une solution bien assise en droit positif.

On doit notamment à la systématisation de cette idée – que réalisèrent pour l'essentiel Josserand³⁵⁹ et Saleilles³⁶⁰ à la fin du XIX^{ème} siècle – la mise à la charge de l'employeur des préjudices liés aux accidents du travail³⁶¹, la consécration du principe général de responsabilité du fait des choses³⁶², ou encore l'interprétation contemporaine du principe de responsabilité du commettant du fait de son préposé³⁶³. Ces divers pans du droit privé illustrent le choix opéré par notre système positif de faire supporter à ceux qui disposent du pouvoir d'encadrement d'une activité et de la vocation à en tirer profit, les charges et les risques qui en sont les corollaires³⁶⁴. Or, compte tenu des prérogatives que leur réserve le régime des SSPRL, ce sont les associés qui paraissent directement désignés pour supporter *in fine* le poids de ces dettes nées de l'exploitation de l'activité sociale qu'ils organisent et dont ils profitent.

130. *Ubi emolumentum ibi onus* – D'ailleurs, à elle seule, la vocation à retirer le profit d'une activité semble parfois suffisante à entraîner corrélativement le devoir d'en assumer les charges et de supporter les risques qui en découlent.

On est d'abord tenté de voir dans un tel lien unissant charge et profit, une règle relevant de « l'équité naturelle »³⁶⁵, une nécessité de nature éminemment « morale »³⁶⁶ et il n'est pas rare de la voir qualifiée de pilier majeur du système

³⁵⁹ V. not. L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897, v. aussi, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, Sirey 1930, spéc. n°416 : « Celui qui met en action des forces redoutables dans son intérêt, à son profit, doit assumer les conséquences de son initiative ».

³⁶⁰ V. not. « Le risque professionnel dans le Code civil », in *La réforme sociale*, 1898, p. 634 et s. V. aussi M. TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, th. Aix, 1901.

³⁶¹ Rappr. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, n° 452, « *Ubi emolumentum ibi onus* », p. 915 et s., spéc. p.918.

³⁶² Rappr. not. sur la portée en droit positif des thèses défendues par ces auteurs sur le fondement de la théorie du risque, G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, op. cit. n°50. Contra, v. J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010, p. 1 et s., spéc. p. 8.

³⁶³ V. R. SAVATIER, *Traité de responsabilité civile*, 2^{ème} éd. n°284, p. 360 et s. Rappr. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4^{ème} éd., n°791-1, p. 1041 : « (...) il convient, pour construire un régime adapté aux besoins des sociétés contemporaines, d'envisager la responsabilité du commettant dans une optique nouvelle en la considérant avant tout comme un moyen d'imputer à l'entreprise elle-même la charge des risques qu'elle crée par son activité »

³⁶⁴ V. encore, R. SAVATIER, « Règles générales de la responsabilité civile », *Rev. crit.* 1934, n° 29 ; et rappr. R. SALEILLES : « celui qui a le profit supporte les risques », note sous Cass. civ. 16 juin 1896, *D.* 1897, 1, p. 433 ; et p. 439 : « celui qui a le fonctionnement d'une entreprise doit en supporter les risques ».

³⁶⁵ H. ROLLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, 7^{ème} éd., v. « *Ubi emolumentum ibi onus* ».

³⁶⁶ V. H. ROLLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, n° 452, p. 915.

d'économie libérale : la vocation à recueillir les gains se justifie et s'accompagne par le fait de supporter les risques³⁶⁷.

Depuis le droit romain l'adage *ubi emolumentum ibi onus* étend ses ramifications dans de très nombreux pans du système juridique³⁶⁸, à commencer par le droit des biens qui constitue son lit naturel³⁶⁹. Cette corrélation fondamentale justifie par exemple la règle selon laquelle l'usufruitier qui jouit de l'usage et des fruits du bien « en assume les frais inséparables »³⁷⁰ ou encore la règle qui rend débiteur de la plus value, le propriétaire du fonds sur lequel un tiers a édifié des constructions³⁷¹.

Mais on trouve encore cette logique à l'œuvre dans les règles de la responsabilité pour trouble de voisinage³⁷², et l'on peut aussi voir en elle le fondement de la jurisprudence relative à la convention d'assistance bénévole³⁷³ qui met à la charge de celui au profit de qui l'activité est déployée, les dommages nés à l'occasion de celle-ci³⁷⁴.

D'ailleurs, ces deux derniers pans du droit positif illustrent combien la nécessité de réaliser cette corrélation entre vocation au profit et charge des dommages est impérieuse : il aura en effet fallu aux juges, pour faire advenir ces solutions, s'accommoder de véritables hérésies conceptuelles : admettre de déroger au caractère

³⁶⁷ Rappr. G. FARJAT, in *Entreprise et Pouvoir, Autorité et Responsabilité*, Actes du colloque de Rennes, 29 et 30 septembre 1983, *Economica* 1985, p. 18.

³⁶⁸ Déjà dans les *Institutes* de Justinien, « Ubi emolumentum successionis ibi et onus tutelae esse debet » (Inst. I, 17).

³⁶⁹ V. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4e éd., Litec, 1999, n° 452, p. 915. Et v. art. 608 du Code civil.

³⁷⁰ H. ROLAND et L. BOYER, *ibid.*

³⁷¹ V. C.civ., art. 555.

³⁷² V. G. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, th. Aix, 1902 ; rappr. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1939, rééd. Dalloz éd. Mémoire du droit 2006, n°16 ; F. GENY, « Risques et responsabilité », *RTD civ.* 1902, p. 812 et s., spéc. p. 813 « Or, l'équité nous suggère en présence d'aménagements fonciers ayant produit une diminution sensible de la valeur économique des fonds voisins, que celui-là doit supporter le dommage, et parce qu'il l'a véritablement causé, et parce qu'il profite éventuellement de sa cause, "qui, faisant de sa propriété un usage anormal, exceptionnel, a détruit le rapport d'équilibre existant entre les fonds voisins". ». V. Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, 1^{ère} éd., 2006, n°242, p. 337 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2010, n°109, p. 127.

³⁷³ V. not. G. DEREUX, « Du dommage éprouvé au service d'autrui », *RTD civ.* 1908, p. 49 et s.

³⁷⁴ Elle n'est sans doute pas sans influence non plus sur le régime de responsabilité du fait d'autrui, rappr. P. JOURDAIN, « La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements », in *Mélanges Lapoyade-Deschamps*, PU Bordeaux 2003, p. 67 et s., spéc. p. 73 : « le commettant est responsable parce qu'il doit supporter les risques nés de l'activité du préposé exercée pour son compte en contrepartie du profit qu'il en retire et de l'autorité et des pouvoirs dont il dispose. On remarquera cependant qu'avec l'élargissement du lien de préposition – que la jurisprudence estime aujourd'hui compatible avec l'indépendance technique de préposés tels que des médecins ou des professionnels indépendants – le critère de l'autorité perd de sa valeur. Il tend aujourd'hui à être supplanté par les notions de profit ou d'initiative, la responsabilité du commettant apparaissant dès lors comme une contrepartie à la fois du profit qu'il retire et des risques qu'il crée lorsqu'il sollicite des préposés ».

absolu du droit de propriété pour la première, s'accommoder d'un contrat sans consentement pour la seconde³⁷⁵ !

131. « Quand le bras a failli, l'on en punit la tête »³⁷⁶ – De même, la simple construction du cadre de l'activité est une circonstance qui peut parfois à elle seule justifier la mise à la charge des pertes qui en découlent³⁷⁷ : « les pouvoirs dont on dispose sont à la mesure de la responsabilité que l'on encourt »³⁷⁸. Ainsi par exemple lorsque le constituant de fiducie est institué par l'article 2025 du Code civil comme celui qui doit en principe supporter les pertes que la gestion du patrimoine fiduciaire fait naître en cas d'insuffisance de ce dernier. Ou encore lorsque la jurisprudence tient responsable les associations sportives des actes commis par ceux dont ils encadrent l'activité³⁷⁹. De même lorsque le système juridique tient pour responsable du dommage causé par une chose son gardien, autrement dit, celui qui avait le pouvoir d'éviter ce dommage en vertu de la maîtrise dont il disposait.

C'est entre les mains de la collectivité d'associé que le régime de SSPRL fait *in fine* reposer le pouvoir de l'organisation de l'activité sociale, on l'a dit, en confiant à cette collectivité le soin de définir l'activité, d'en choisir et d'en contrôler les dirigeants, etc. Or, ainsi que le formulait simplement P. Roubier – synthétisant ce qui semble apparaître comme une constante de notre système juridique, voire comme un fondement du libéralisme³⁸⁰, ou encore comme un pilier de tout système démocratique³⁸¹ – : « là où est le pouvoir, là doit être la responsabilité »³⁸². Malgré les

³⁷⁵ À propos des hésitations théoriques de la sanction des troubles anormaux du voisinage, responsabilité sans faute, qui découle de l'usage du droit « de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue » (C.civ. art. 544) v. not. F. GENY, *art. cit.* ; et à propos de la convention d'assistance bénévole, qui n'a de convention que le nom, v. not. R. BOUT, « La convention dite d'assistance », *Mélanges P. Kayser*, PUAM, 1979, p. 157 et s.

³⁷⁶ CORNEILLE, *Le Cid*, II, 8.

³⁷⁷ Rappr. B. GRIMONPREZ, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Revue des sociétés* 2009, p.715 et s.. n°21 et s.

³⁷⁸ M. GRIMALDI et B. REYNIS, « Brèves réflexions d'avant-congrès sur le patrimoine professionnel », *Def.* 1987, art. 33947, p. 587 et s., spéc. p. 590, n°6 ; ils qualifient cet axiome de « grand équilibre du droit ».

³⁷⁹ V. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *op. cit.*, p. 1147 et s., n° 1078 et s.

³⁸⁰ Rappr. G. FARJAT, *Entreprise et Pouvoir, Autorité et Responsabilité*, Actes du colloque de Rennes, 29 et 30 septembre 1983, *Economica* 1985, p. 18, faisant état de l'exigence d'un « lien étroit et automatique entre autorité et responsabilité » qui découle de la logique du système libéral.

³⁸¹ Rappr. C. CHAMPAUD, « Propos introductifs », in *Autorité, pouvoirs et responsabilité*, Colloque Rennes, 1983, p. 23 : « Il n'y a démocratie que lorsqu'il y a un rapport univoque et étroit entre « autorité » et « responsabilité » ; rappr. « Propriété, pouvoir et entreprise », in *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général*, Mel. L. Boy, PUAM, 2016, p. 47 et s., spéc. p. 63, note 43 : « la puissance sans responsabilité est dictature, la responsabilité sans l'autorité est anarchie ou débilite. La démocratie est toute organisation sociétale où pouvoir et responsabilité sont proportionnés l'un à la mesure de l'autre et vice-versa. ».

nuances que la pratique contemporaine des grandes sociétés de capitaux a pu apporter à cette représentation classique³⁸³, il reste que le régime des SSPRL semble construit de manière à placer entre les mains de la collectivité d'associés le pouvoir structurel de réalisation, d'organisation et de supervision de l'activité sociale, de sorte qu'elle apparaît désignée pour souffrir des charges et des risques que cette activité fait naître.

132. Conclusion de sous-section – Aussi, en tant qu'il est institué structurellement non seulement captateur du profit de l'activité, mais aussi titulaire de sa maîtrise, tout semble désigner l'associé comme celui qui *in fine* devrait supporter les charges et les risques de l'activité sociale et qui sont incarnées par les dettes grevant le patrimoine de la personne morale. Bien sûr, ce sont les dirigeants qui mettent en œuvre concrètement l'activité sociale, de sorte que l'on pourrait être tenté de mettre à leur charge les conséquences de son échec. Mais comme cela ressort assez nettement des hypothèses que nous visions, la responsabilité des exécutants s'efface naturellement en principe derrière la responsabilité de ceux pour le compte et sous l'autorité de qui ils agissent.

Un parallèle pourrait être tracé avec ce qui semble constituer une règle naturelle du droit international public, où, au travers de la construction juridique des États, ce sont bel et bien les peuples qui *in fine* supportent et répondent des engagements que prennent leurs dirigeants et des choix qu'ils réalisent.

Sous-section 2 - Limites tenant à la diversité des figures d'associés et à la liberté contractuelle

133. Si l'analyse menée jusqu'ici nous a conduit à considérer l'associé comme naturellement désigné pour supporter les risques et les charges de l'activité exploitée au sein de la société personnifiée, on pourrait lui objecter qu'elle prend pour postulats des

³⁸² P. ROUBIER, « L'arrêt des Chambres réunies du 2 décembre 1941 et la théorie de la responsabilité civile », *JCP* 1942, I, 257. Rapp. également S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, préf. F. TERRÉ, LGDJ 2002. p. 181 et s. n°371 et s. ; F. TERRÉ, « Fondements historiques et philosophiques de la loi de la majorité », *RJ com.* 1991, p. 9 et s. spéc. p. 10. Rapp. également, *Entreprise et Pouvoir, Autorité et Responsabilité*, Actes du colloque de Rennes, 29 et 30 septembre 1983, *Economica* 1985.

données trop schématiques et idéales : le statut d'associé en droit positif contemporain renvoie à des réalités extrêmement diverses et hétérogènes qui se situent parfois bien loin de l'image d'Épinal qui fut jusqu'ici prise pour postulat de raisonnement³⁸⁴.

Il y a longtemps que la figure de l'actionnaire simple bailleur de fonds a été mise en lumière, et elle est désormais consacrée légalement depuis que le législateur accepte l'émission d'actions dépourvues de droit de vote. Ces deux phénomènes n'appellent cependant pas les mêmes jugements. Il convient de confronter les solutions jusqu'ici dégagées tout d'abord à la figure de l'actionnaire à l'âme d'investisseur (§1) puis à la figure de l'actionnaire dépourvu de droit de vote (§2).

§1 La figure des actionnaires désintéressés de la marche sociale

134. Présentation d'une figure courante – Cela fait désormais près d'un siècle que la doctrine économique et juridique s'emploie à montrer combien cette image traditionnelle de la société qui serait gouvernée par la communauté d'associés, ne correspond pas à la réalité de la pratique des grandes sociétés de capitaux. Le désintérêt de la plupart des porteurs d'actions pour les affaires sociales ayant conduit, selon les thèses et les cas de figures, les dirigeants et/ou une caste restreinte d'actionnaires contrôlares, à la gouvernance de la société³⁸⁵.

Aussi, au sein de bon nombre de ces grandes sociétés par actions, les actionnaires seraient pour l'essentiel de simples investisseurs, créanciers hypo-chirographaires qui attendent une rémunération de leur investissement par la distribution de dividendes ou par la plus-value susceptible d'être réalisée lors de la revente de leurs titres. L'image de la collectivité d'associés menant la barque des affaires sociales n'étant plus qu'un

³⁸³ V. *infra* Sous-section 2.

³⁸⁴ V. not. sur la question, E. CASIMIR, *Les catégories d'actionnaires*, th. Paris II 2015.

³⁸⁵ L'ouvrage économique fondateur de cette doctrine fut certainement celui de A. A. BERLE et G. C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, Harcourt, Brace and World Inc. New York, 1932. Rapp. notamment parmi une abondante littérature sur le sujet, G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1951 (notamment p. 94, n° 39) ; C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962, (not. n° 26) ; D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Sirey, 1970, (not. n° 12 et s.) ; J. PAILLUSEAU, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.* 1999. 157 ; P. DIDIER, « La théorie contractualiste de la société », *Revue des sociétés* 2000 p. 95 ; F.-X. LUCAS, « Les

mythe dans bon nombre de SSPRL. Ce phénomène a depuis longtemps été mis en lumière.

135. La question de leur responsabilité – Si la pertinence de ce constat ne saurait être contestée, il reste qu'il paraît insuffisant à exonérer de leur responsabilité ces sortes d'actionnaires qui se comportent comme de simples investisseurs.

Si ceux-ci sont bien entendu libres de se désintéresser de la direction des affaires sociales, il est difficile d'admettre qu'ils puissent se prévaloir de leur négligence pour se soustraire à leur responsabilité. En n'utilisant pas les prérogative politiques dont ils disposent, ils font le choix de laisser aux autres associés le soin de diriger l'activité sociale, ils décident de se ranger derrière l'opinion de la majorité des votants. Ils sont certainement libres de le faire, mais doivent assumer les conséquences d'un tel choix : par leur abstention, ils acceptent par avance la position qui aura recueilli l'accord de la majorité des votants ; ils délèguent d'une certaine manière leur pouvoir aux votants puisque le poids politique de ces derniers sera mécaniquement accru par l'abstentionnisme. Or rien ne permet d'admettre qu'ils puissent se soustraire aux conséquences de ce choix. Ils doivent autrement dit, répondre des décisions prises par cette majorité de votants à laquelle les abstentionnistes délèguent *de facto* leurs pouvoirs³⁸⁶.

Par comparaison, le non usage d'une prérogative de direction ne semble jamais permettre à son titulaire de s'exonérer de la responsabilité qui en est le corollaire. Ainsi, le titulaire de la garde d'une chose ne saurait valablement invoquer, pour se dédouaner de sa responsabilité, son indifférence pour cette chose qui a causé le dommage. Pas plus que le parent pour se dégager de la responsabilité des agissements de l'enfant dont il a la garde.

actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé » ?, *RD banc. fin.* juill. - août 2002, p. 216 ; « Du contrat de société au contrat d'investissement », *RD banc. fin.* mars-avr. 2005, p. 50.

³⁸⁶ La solution pourrait cependant être nuancée, dans l'hypothèse où l'un des associés dispose à lui seul d'un nombre de voix suffisant pour faire triompher en tout état de cause sa volonté. En cette hypothèse, il semble possible de conclure que le mécanisme de prise de décision à la majorité n'est que formel : en réalité, un des associés dispose structurellement du pouvoir de prendre seul l'ensemble des décisions. Corollairement, le droit de vote dont disposent les associés minoritaires dans ce cas de figure, est illusoire. En cette hypothèse, leur abstention ou leur participation au vote sera de toute manière sans incidence sur son résultat. V. pour une analyse plus détaillée de ce cas de figure, *infra* n° 317 et s. Pour cette raison, cette hypothèse exceptionnelle, nous semble appeler les mêmes réflexions que le cas de figure de l'associé privé de droit de vote, sur lequel v. *infra* n° 136 et s.

§2. La figure des actionnaires dépourvus de droit de vote

136. Jusqu'ici, le régime des SSPRL et la place qu'y occupe l'associé ont été présentés de manière unitaire et assez schématique par référence aux représentations traditionnelles de la société. Or, le droit contemporain des SSPRL, marqué par un mouvement de libéralisation des valeurs mobilières³⁸⁷, se caractérise justement par une grande diversification des titres donnant accès au statut d'associé dont découle un éclatement de ses régimes³⁸⁸. Par là se multiplient les atteintes et les dérogations aux principes et représentations traditionnels du contrat de société et s'érode la netteté des frontières séparant l'associés d'autres catégories de parties prenantes, à commencer par le prêteur³⁸⁹. Plus particulièrement, depuis 1978, notre droit positif connaît des sortes d'actionnaires privés de droit de vote³⁹⁰. Il s'agit aujourd'hui des porteurs d'actions de préférence sans droit de vote que régleme l'article L 228-11 du Code de commerce.

La question se pose donc de savoir dans quelle mesure l'admission de cette sorte de titres est susceptible d'infirmer les propos qui précèdent. En effet, puisque dépourvus de tout droit de vote, ces sortes d'actionnaires ne peuvent assurément être considérés comme maîtres de l'activité.

³⁸⁷ À propos de cette libéralisation, v. not. F. DRUMMOND, « Un nouveau principe : la liberté d'émettre " toutes valeurs mobilières " » : *RD bancaire et fin.*, sept/oct 2004, p. 361 ; H. LE NABASQUE, « La liberté d'émettre des valeurs mobilières », in *Mélanges Paul Le Cannu*, Dalloz, LGDJ, Transactive, 2014, p. 325 et s.

³⁸⁷ Le rapport remis en 2000 à la COB qui était consacré à l'introduction en France de cette sorte d'action, en donnait la définition suivante : « le *tracking stock* est un titre de capital qui suit les performances d'une activité à l'intérieur du groupe. Ce produit tire sa spécificité du fait qu'il représente une quote-part du capital de l'émetteur mais non de celui de l'activité qu'il a pour objet de retracer » (groupe de travail présidé par R. BARBIER DE LA SERRE, *L'introduction en France d'actions traçantes*, Rapport COB 2000, p. 9).

³⁸⁸ Rapp. H. LE NABASQUE, « La liberté d'émettre des valeurs mobilières », in *Mélanges Paul Le Cannu*, Dalloz, LGDJ, Transactive, 2014, p. 325 et s.

³⁸⁹ V. not. F. MASSON, « Les métamorphoses de l'associé », *Revue des sociétés* 2016 p.84 ; F.-X. LUCAS, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé », *art. cit.* et *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, not. n° 303 et s.

³⁹⁰ Initialement via la création d'actions à dividendes prioritaires sans droit de vote (V. C. JAUFFRET-SPINOSI, « Les actions à dividende prioritaire sans droit de vote », *Rev. sociétés* 1979, p. 25) – auxquelles vinrent s'adjoindre, en 1983, les certificats d'investissement et de droit de vote (V. B. BOULOC, « Les nouvelles valeurs mobilières : les certificats d'investissement et les titres participatifs », *Rev. sociétés* 1983, p. 501 ; A. COURET, « Les nouveaux titres représentatifs de fonds propres », *Bull. Joly* 1986, p. 559 ; J. RICHARD, « Les sociétés par actions et la loi sur le développement des investissements et la protection de l'épargne », *JCP éd. CI* 1983, I, 13919).

137. Portée du désaveu – Remarquons toutefois que l'objection ne saurait prétendre disqualifier l'ensemble de nos propos précédents ; elle ne pourrait conduire qu'à soustraire de leur champ une catégorie marginale d'associés de SSPRL. Le législateur règlemente strictement ces sortes de titres, notamment en prévoyant que la proportion maximale d'actions de préférences sans droit de vote qu'une société a la possibilité d'émettre ne saurait être supérieure à la moitié du capital social³⁹¹ ; de ce fait, une structure composée exclusivement d'actionnaires privés de droit de vote ne saurait exister. Partant la privation de droits politiques que ces actions de préférence instituent n'a pour effet que d'emporter un transfert de pouvoir au sein de la communauté des associés : le pouvoir politique retiré aux titulaires d'actions de préférence sans droit de vote se reporte sur les actionnaires pourvus de droit de vote dont le poids politique est proportionnellement renforcé. Autrement dit, l'existence de ce type d'actions ne remet pas en cause l'idée selon laquelle le pouvoir de construction de l'activité sociale échoit à la communauté d'associés, encore qu'elle pourrait inviter le cas échéant, en certaines hypothèses, à distinguer parmi les associés et à exclure certains d'entre eux du champ de cette conclusion.

La prise en considération de ces sortes de titres invite donc simplement à s'interroger sur la question de la vocation des titulaires de ces sortes d'actions sans droit de vote à répondre des dettes sociales, charges et risques de l'activité.

138. La question de la responsabilité de ces sortes d'actionnaires-investisseurs – Face à cette question, l'hésitation semble permise. La vocation de ces sortes d'actionnaires particuliers à supporter les charges et les risques de l'activité sociale est moins évidente, dans la mesure où ils ne sont que de simples investisseurs structurellement étrangers à la marche de l'entreprise. Leur situation diffère de celle de l'actionnaire simplement abstentionniste. Contrairement à ce dernier l'actionnaire dépourvu de droit de vote n'a pas le pouvoir d'agir sur la marche de la société ; son silence gardé lors des prises de décision collective ne peut donc être rattaché à un usage négatif de ses prérogatives politiques, il en est simplement dépourvu, autant que le prêteur ou que toute autre contractant de la société.

³⁹¹ Au sein d'une même société, les actions de préférences sans droit de vote ne peuvent représenter plus de la moitié du capital social, et cette limite est portée au quart du capital dans les sociétés admises aux négociations sur un marché réglementé (art. L. 228-11 al. 3).

139. Ces sortes d'actionnaires restent néanmoins titulaires du droit de recueillir le profit de l'activité, c'est donc pour leur compte et dans leur intérêt que l'activité est menée. Cette seule circonstance pourrait éventuellement apparaître comme suffisante à justifier qu'ils soient, en contrepartie, tenus de supporter les charges nécessaires au fonctionnement de cette activité ainsi que les conséquences des risques qu'elle fait naître : là où est le profit, se trouve la charge, « *ubi emolumentem, ibi onus* », ce seul principe pourrait éventuellement suffire à fonder leur responsabilité malgré leur absence de pouvoir d'intervention dans les affaires sociales.

140. Il convient cependant à ce stade de conserver un jugement mesuré ; on peut de prime abord être tenté de considérer que la simple vocation de ces actionnaires à retirer le profit produit par la société, ainsi que leur vocation à récupérer les actifs sociaux au terme de celle-ci – qui fait d'eux des sortes de titulaires d'une propriété affectée à la manière des constituants de fiducie – fondent une naturelle vocation à répondre des dettes de l'activité. On peut en sens inverse arguer de la proximité de leur situation avec celle d'un simple prêteur pour soutenir qu'ils ne portent pas la responsabilité des dettes nées de l'activité sociale qu'ils se bornent à financer, et que leur rattachement conceptuel à la catégorie des actionnaires plutôt qu'à celle des obligataires tient davantage au hasard de la généalogie de ces sortes de titres qu'à la nature du régime qu'ils portent. La situation de ces sortes d'actionnaires semble aussi très proche de celle des premiers commanditaires et nous verrons que le traitement réservé à ceux-ci sur le terrain de la contribution aux pertes, consistant simplement en la perte de leur apports, apparaissait parfaitement justifié compte tenu de leur extériorité à l'entreprise³⁹².

141. Il est possible à ce stade de laisser la question ouverte, cette figure d'actionnaires étant encore relativement marginale, on pourrait tolérer l'éventualité d'une exception au principe général dégagé jusqu'ici d'une vocation de principe de l'associé de SSPRL à la responsabilité pour les dettes sociales. On pourrait encore dépasser la difficulté en remettant en cause la qualité d'associé des ces sortes d'actionnaires, simples investisseurs, qui pourraient être considérés comme relevant davantage de la catégorie du prêteur que de

³⁹² V. *infra* n° 168 et s.

celle de l'associé³⁹³, à l'instar du commanditaire originel dont ils semblent être la réincarnation³⁹⁴.

Sous-Section 3 - Mise en perspective de la limitation de responsabilité de l'associé avec les aménagements conventionnels de responsabilité

142. Il pourrait sembler tentant de relativiser le caractère dérogatoire de la mesure en la reliant au mécanisme d'aménagement conventionnel de responsabilité (§1), le rapprochement toutefois est bien peu convaincant et la légitimité du mécanisme de SSPRL ne ressort pas grandir de la comparaison (§2).

§1 Exposé de la proposition tenant à fonder la légitimité du régime de SSPRL sur la validité des aménagements conventionnels de responsabilité

143. **L'idée d'une acceptation implicite** – Si nous avons mis en évidence le fait que les associés devraient en principe supporter la charge des dettes nées de l'exploitation de l'activité sociale, on pourrait toutefois relativiser l'importance de la dérogation introduite par le mécanisme de limitation de responsabilité qu'organisent les SSPRL en faisant valoir qu'il n'a rien d'inédit et qu'il pourrait même se rattacher au mécanisme de limitation par voie conventionnelle de la responsabilité, admis avec constance sur le fondement de la liberté contractuelle et du principe *pacta sunt servanda*³⁹⁵.

Le principe de validité des clauses ou des conventions visant à limiter, voire à exclure, la responsabilité d'une partie est en effet clairement établi aujourd'hui en droit positif et nul ne semble songer à le remettre en question³⁹⁶.

³⁹³ Rapp. F. MASSON, « Les métamorphoses de l'associé », *Revue des sociétés* 2016 p.84 ; F.-X. LUCAS, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé », *art. cit.* et *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, not. n° 303 et s.

³⁹⁴ A propos de la légitimité de principe du commanditaire originel à ne pas supporter les dettes de l'entreprise, v. *infra* n° 168 et s.

³⁹⁵ M. LEVENEUR-AZEMAR, *Etudes sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ 2017, n° 30 p. 17.

³⁹⁶ V. Cass. civ., 24 janv. 1874, *DP* 1876, I, p. 133 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *op. cit.*, 12^{ème} éd., n°875 et s., p. 940 et s. ; M. FABRE-MAGAN, *op. cit.* 4^{ème} éd. 2016, n°721, p. 728 ; P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. Aix-Marseille, 1982 ; M. LEVENEUR-AZEMAR, *op. cit.*

Dans une certaine mesure, on pourrait envisager de soutenir que c'est de ce mécanisme général que dérive la limitation de responsabilité des associés. En effet la constitution d'une SSPRL suppose la réalisation de certaines mesures de publicité³⁹⁷, de sorte que nul n'est légitime à ignorer que les associés entendent se prévaloir de cette mesure ; en contractant avec la structure, les tiers accepteraient implicitement mais nécessairement le jeu de cette limitation de responsabilité et d'ailleurs, les contractants d'une structure ne s'engagent pas vis à vis des associés personnellement mais vis à vis de la structure et ne sauraient partant ignorer le régime qu'elle porte. La limitation de responsabilité dont bénéficient les associés pourrait donc trouver son fondement dans l'acceptation implicite des créanciers sociaux, lesquels, tout en connaissant les termes du régime porté par la structure, auraient néanmoins consentis à se lier à elle.

§2. Rejet de la proposition et enseignements à tirer de la comparaison avec le mécanisme de limitation conventionnelle

144. Si l'on peut admettre le principe d'une comparaison entre ces deux biais de limitation de responsabilité, les conclusions auxquelles celle-ci mène sont bien loin de concourir à la légitimation du procédé à l'œuvre en SSPRL. Au contraire, cette comparaison fait apparaître par contraste toute la grossièreté de ce dernier régime.

Tout d'abord, on peut relever que l'argument qui consiste à asseoir la légitimité du régime de limitation de responsabilité sur l'idée du consentement de ceux à qui elle est opposée ne convainc qu'assez peu : en réalité, le jeu de ce mécanisme ne tient aucunement compte du consentement de ceux qui en supportent les effets (A).

Ensuite, il convient de remarquer que le mécanisme de limitation de responsabilité de l'associé de SSPRL est soustrait aux nombreux encadrement et garde-fous que comprend le régime de limitation conventionnel de responsabilité ce qui, par comparaison, permet de mesurer sa vigueur et son absoluté (B).

³⁹⁷ V. not. P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, 7^{ème} éd., n°360 et s., p. 260 et s.

A. L'indifférence du consentement de celui à qui la limitation de responsabilité est opposée

145. La limitation de responsabilité opposée indifféremment aux créanciers accidentels – Le raisonnement exposé plus haut prétend fonder la légitimité de la limitation de responsabilité dont bénéficient les associés sur le principe de liberté contractuelle et sur le consentement de ceux à qui elle est opposée. Il est facile d'en percevoir les limites. En effet, il est des créanciers pour lesquels on ne saurait soutenir qu'ils aient pu consentir à cette limitation de responsabilité ; le droit positif semble cependant tenir cette circonstance pour indifférente puisqu'il admet que leur soit opposable cette mesure. Ainsi en va-t-il par exemple de celui qui tient ses droits d'une créance de responsabilité extracontractuelle, celui notamment qui s'est trouvé victime d'un dommage causé par une chose dont la société était la gardienne, ou par un délit imputé à la société. Dans la plupart des hypothèses, cette victime du fait dommageable n'entretenait aucune relation avec la structure – et pouvait ignorer son existence même – de sorte qu'il paraît bien hasardeux de prétendre qu'elle a accepté la limitation de responsabilité dont profitent les associés³⁹⁸. Cette mesure lui sera néanmoins opposée, comme à n'importe quel autre créancier.

146. La limitation de responsabilité indifféremment opposée aux créanciers faibles – Par ailleurs, il est certains contractants dont la faiblesse structurelle conduit à relativiser voire à invalider, à leur égard, les fondements sur lesquels fut édifié notre droit des contrats (liberté de consentir, égalité des parties dans la négociation du contrat dont est supposé découler le caractère juste et équilibré de son contenu³⁹⁹, etc.)⁴⁰⁰. Il en est ainsi notamment des consommateurs dans leur relation avec un professionnel⁴⁰¹, ou encore de

³⁹⁸ V. notamment en ce sens, J. VALERY, « La limitation de responsabilité dont jouissent les membres de certaines sociétés est elle opposable aux créances nées d'un délit ou d'un quasi-délit ? » *Annales de droit com.* 1927, p 249.

³⁹⁹ À propos de la fameuse formule d'A. FOUILLÉE, « qui dit contractuel dit juste » et du contresens auquel elle donnerait trop souvent lieu, v. A. SUPIOT, *La force d'une idée*, éd. Les liens qui libèrent, 2019 ; J. F. SPITZ, « Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d'A. Fouillée », *RTD civ.* 2007, p. 281 et s.

⁴⁰⁰ V. not. P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ 2004 ; C. JAMIN, « Quelles nouvelles crises du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 19 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2^{ème} éd., p. 426 et s.

⁴⁰¹ Les clauses limitatives de responsabilité sont ainsi présumées abusives de manière irréfragable et partant réputées non écrites par application de L. 212-1 C. conso. V. R. 212-1, 6°, qui prohibe « les clauses ayant pour objet ou pour effet de (...) supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice

certaines parties à raison de la position qu'elles occupent au contrat⁴⁰². Or, tandis que le régime des aménagements conventionnels de responsabilité a su tirer les conséquences des limites du consentement de ces catégories de parties faibles, en refusant qu'elles puissent y être soumises⁴⁰³, le mécanisme de limitation de responsabilité institué en SSPRL ne tient aucunement compte de cette donnée et pourra invariablement être opposé à tous.

On peut partant douter que ce soit du mécanisme de limitation conventionnelle de responsabilité que la mesure dont bénéficient les associés de SSPRL découle. Ou que, autrement dit, l'acceptation de ceux à qui elle est opposée puisse constituer un fondement plausible du mécanisme de limitation de responsabilité de l'associé.

subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ».

⁴⁰² Par exemple en droit des transports, v. C. com., art. L. 133-1 ; v. M. LEVENEUR-AZEMAR, *op. cit.*, n°114 et s., p. 63 et s.

⁴⁰³ V. M. LEVENEUR-AZEMAR, *ibid.* ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ Lextenso, 2014, rééd. de la 4^{ème} éd., 1949, n°132. Plus généralement si la clause limitative de responsabilité conduit à créer un déséquilibre significatif imposé par l'une des parties, elle peut tomber sous le coup de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce (ex. L. 442-6). Elle peut même être désormais réputée non écrite par application de l'article 1171 du Code civil selon lequel « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

B. L'absence d'encadrement et de garde-fous de la mesure de limitation de responsabilité des associés révélée par contraste

147. L'absolutisme du mécanisme révélé par comparaison – Tandis que le régime des aménagements conventionnels de responsabilité se trouve justement équilibré par l'existence d'un certain nombre de règles visant à encadrer l'usage de cette liberté afin qu'ils ne conduisent pas à vider le contrat de sa portée contraignante, qu'il ne réalise l'écrasement du faible par le fort, ou qu'il ne conduise à laisser impayée des dettes jugées trop impérieuses, le mécanisme de limitation de responsabilité qui découle des SSPRL est quant à lui affranchi de toute limite et ne semble connaître aucun garde-fou.

En cela, le rapprochement et la comparaison de ce mécanisme avec le droit commun de la limitation de responsabilité conventionnelle ne plaident pas en faveur de la légitimité du régime qui découle des SSPRL, et en fait au contraire apparaît la vigueur et l'absolutisme, sinon la grossièreté ou la brutalité.

148. La limite tenant à l'atteinte à la force obligatoire des obligations par une limitation de responsabilité disproportionnée – Parmi les garde-fous que connaît le régime des aménagements conventionnels de la responsabilité et dont on ne trouve nul équivalent dans le régime des SSPRL on pourrait évoquer l'exigence d'une certaine proportionnalité lorsqu'elle impacte une obligation essentielle, qu'avait posé la jurisprudence initiée par l'arrêt Chronopost⁴⁰⁴. Il semble permis de croire à la pérennité de cette règle malgré la disparition de la notion de cause, tant son fondement nous semble impérieux. On ne saurait en effet « à la fois, s'engager et ne pas s'engager, sous peine de porter atteinte au principe de la bonne foi et d'introduire dans le contrat une dose de potestativité trop contraire au principe *pacta sunt servanda* »⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ V. Cass. com. 22 oct. 1996, no 93-18.632 P: *GAJC*, 11e éd., n° 156 ; *D.* 1997. 121, note A. SERIAUX; *ibid.* Somm. 175, obs. P. DELEBECQUE; *JCP* 1997. II. 22881, note D. COHEN; *ibid.* I. 4025, no 17, obs. G. VINEY ; *ibid.* I. 4002, n°1, obs. M. FABRE-MAGNAN; *Gaz. Pal.* 1997. 2. 519, note R. MARTIN; *Defrénois* 1997. 333, obs. D. MAZEAUD ; *CCC* 1997, n° 24, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1997. 418, obs. J. MESTRE. V. aussi CA Caen, 5 janv. 1999: *D.* 2000. Somm. 294, obs. B. MERCADAL ; *JCP* 2000. I. 199, no 14, obs. G. VINEY; *ibid.* 215, n° 1, obs. J. ROCHFELD ; arrêt lui-même cassé, par Cass. com. 9 juill. 2002, n° 99-12.554 P: R., p. 468 ; *D.* 2002. AJ 2329, obs. CHEVRIER; *ibid.* Somm. 2836, obs. P. DELEBECQUE ; *D.* 2003. Somm. 457, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 2002. II. 10176, note G. LOISEAU et M. BILLIAU; *ibid.* I. 184, nos 14 s., obs. J. ROCHFELD ; *CCC* 2003, no 2, note L. LEVENEUR ; *Dr. et patr.* 11/2002. 103, obs. CHABAS ; Cass., ch. mixte, 22 avr. 2005, *D.* 2006. 717, obs. CHEVRIER ; *RTD civ.* 2006. p. 322, obs. E. JOURDAIN.

⁴⁰⁵ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *op. cit.*, 12^{ème} éd., n°876, p. 942. Aussi, on peut penser que règle sera maintenue malgré la suppression de la notion de cause, sur le fondement des articles 1170 et 1171 du Code civil réputant respectivement non écrites les clauses portant

149. La limite de la responsabilité extra-contractuelle – Par ailleurs, le droit positif soustrait la responsabilité de nature extracontractuelle du champ de la possibilité d'un aménagement conventionnel⁴⁰⁶ (le projet de réforme du droit de la responsabilité civile aujourd'hui à l'étude, envisage cependant une évolution sur ce point⁴⁰⁷). Le mécanisme de limitation de responsabilité de l'associé ne fait quant à lui absolument aucune distinction en fonction de la nature de la dette au recouvrement de laquelle il s'oppose, et peut naturellement conduire à laisser impayée des créances de responsabilité délictuelle.

150. La limite du dommage corporel – Une semblable asymétrie se constate en ce qui concerne la réparation du dommage corporel dont la limitation conventionnelle n'est, semble-t-il, pas permise⁴⁰⁸, tandis qu'elle peut valablement se trouver neutralisée par le mécanisme de limitation de responsabilité qui procède de la SSPRL.

151. La limite tenant à la situation de faiblesse de celui qui subi la limitation de responsabilité – Enfin, comme cela a été évoqué, ce dernier mécanisme est opposable à tous sans distinctions et ne prend aucunement en considération l'éventuelle situation de faiblesse de ceux qui en supporteront les conséquences ; aucun traitement particulier n'est prévu en présence de parties faibles, contrairement au régime construit en matière conventionnelle⁴⁰⁹.

152. Ainsi, tandis que le droit positif ne tolère l'aménagement conventionnel de la responsabilité que dans certains cadres et à certaines conditions, et qu'en cette matière, jurisprudence, doctrine et législateur, s'efforcent de construire minutieusement un régime juste et mesuré, susceptible de concilier harmonieusement et de manière équilibrée les différents impératifs en présence, le mécanisme de limitation de responsabilité de l'associé apparaît, par contraste, comme une mesure de facture extrêmement grossière, construite

atteinte à la substance des obligations essentielles, ainsi que celles créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

⁴⁰⁶ V. Cass. 2^e civ., 17 févr. 1955, *D.* 1956, p. 17 ; v. égal. Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2017, n° 16-13.407 ; M. LEVENEUR-AZEMAR, *op. cit.* p. 45 et s., n°72 et s.

⁴⁰⁷ V. art. 1281

⁴⁰⁸ M. LEVENEUR-AZEMAR, *op. cit.* p. 53 et s., n°90 et s. et les réf. citées.

⁴⁰⁹ V. *supra* n°146.

sans nuance et à l'emporte-pièce, affranchie de toutes les limites qui bornent ailleurs les possibilités de limitation de responsabilité.

Aussi, la légitimité du mécanisme de limitation de responsabilité de l'associé de SSPRL ne sort nullement grandie de cette comparaison avec le droit commun de l'aménagement conventionnel⁴¹⁰.

Conclusion de Chapitre

153. La position qu'occupe structurellement l'associé au sein de la société le désigne nettement comme celui qui devrait supporter les charges et les risques de l'activité à laquelle la structure est affectée et partant, les dettes qui grèvent le patrimoine social. En effet, il a été montré que le mécanisme des structures personnifiées est construit de telle sorte que les dettes imputées à la personne morale trouvent leur cause dans la poursuite de l'activité à laquelle les associés ont affecté leur société. Or, dans la mesure où c'est la collectivité des associés qui donne naissance à cette activité, qui dispose du pouvoir d'en définir les contours et de l'interrompre ; que c'est cette même collectivité qui nomme, révoque et contrôle ceux qui mettent en œuvre l'exploitation de cette activité et que c'est enfin cette même collectivité d'associés qui a vocation à capter l'intégralité des richesses dégagées par cette activité, il ne fait qu'assez peu de doute que les membres de cette collectivité devraient, en contrepartie, supporter le poids des dettes sociales qui correspondent aux charges de l'activité et à la réalisation des risques qu'elle produit. La confrontation du rôle tenu par les associés par rapport à l'activité sociale aux grandes lignes directrices de responsabilité – au sens large⁴¹¹ – qui innervent notre système juridique fait apparaître cette solution avec évidence.

Aussi, le choix fait par le législateur de soustraire les associés à la charge naturelle de ces dettes (au delà d'un certain seuil) apparaît donc comme une mesure profondément dérogatoire au droit commun.

⁴¹⁰ Rappr. suggérant que le bénéfice de la limitation de responsabilité ne soit pas opposable aux créanciers accidentels de la société, H. HANSMANN et R. KRAAKMAN, « Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts », *Yale Law Journal*, 1991, p. 1879 et s.

⁴¹¹ Rappr., à propos de l'acception particulièrement restrictive du juriste de la notion de « responsabilité », C. THIBIERGÉ, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile », *RTD civ.* 1999, p. 561 s., spéc. p. 572 et s.

Avoir mis en lumière le caractère profondément dérogatoire du régime institué par les SSPRL nous conduit naturellement à nous interroger sur les causes et les justifications de l'édition d'un tel régime.

TITRE 2 - GENÈSE ET IDENTIFICATION DES JUSTIFICATIONS ÉCONOMIQUES MODERNES DE LA MESURE

154. Ainsi que cela a été aperçu, la limitation de la responsabilité des associés d'une société personnifiée se trouve en profonde contradiction avec les fondements de notre système de responsabilité et ne semble pouvoir se justifier que par un certain choix de politique économique.

Alors que dans un premier temps, l'ordre juridique, en mettant à la charge de la personne morale une dette, considère qu'il est par principe juste et utile que celui qu'il désigne créancier bénéficie d'un transfert de richesses pour un certain montant aux dépens de ceux qui agissent au travers de la personne morale, cet arbitrage politique des intérêts en présence va être neutralisé dans un second temps de raisonnement par le jeu du mécanisme de limitation de responsabilité des associés.

Le jeu de la limitation de responsabilité des associés vient ainsi tenir en échec la réalisation effective de la créance que l'ordre juridique avait dans un premier temps attribué.

Ce phénomène ne peut s'expliquer que par l'attachement particulièrement vigoureux que l'ordre juridique porte à l'impératif socio-économique qui se trouve au fondement du mécanisme de limitation de responsabilité des associés de sociétés commerciales puisque cet impératif va primer indistinctement sur l'ensemble de ceux dont la prise en compte a conduit à la créance que le mécanisme neutralise.

Ces impératifs sont en effet indistinctement sacrifiés, quel que soit l'attachement que le législateur leur porte par ailleurs, à celui au fondement du régime de protection des associés de sociétés commerciales.

155. Mais le consensus autour de l'opportunité de ce régime de limitation de responsabilité des associés semble aujourd'hui tel que ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'il apparaît utile au législateur ou à la doctrine d'en rappeler les justifications précises. L'absence de responsabilité de l'associé pour les dettes sociales au delà de l'abandon de son apport tend à être considérée comme une solution d'évidence, de droit commun, celle qui se passe de justifications, en dépit pourtant de sa contrariété aux axiomes les plus profondément ancrés de notre système juridique. Triomphe ainsi l'idée que « la responsabilité limitée n'est pas une faveur mais une exigence conforme aux nécessités de l'économie privée et des objectifs de rentabilité qui la gouvernent »⁴¹² sans que ces prétendues nécessités soient toujours bien identifiées. Leur détermination précise apparaît pourtant impérative car l'extraordinaire vigueur de ce mécanisme et son caractère profondément dérogoire au droit commun commandent avec une particulière acuité un strict cantonnement de son champ d'application à ce que ses justifications appellent.

156. Dans leurs grandes lignes, celles-ci se laissent toutefois assez facilement deviner. À l'évidence, ce régime de faveur offert à ceux qui décident de se placer sous l'empire d'une des formes de société commerciale qui le prévoient, peut être analysé comme une mesure d'incitation : l'entreprise commerciale étant perçue comme source de développement économique, c'est en faveur de la création et du développement de celles-ci qu'œuvre cette mesure⁴¹³.

Ainsi par exemple, lorsqu'en 2010, le législateur mit en place le mécanisme de l'EIRL avec pour but d'offrir à l'entrepreneur une voie alternative à la société – dont les règles de constitution et de fonctionnement étaient jugées trop contraignantes – pour limiter la responsabilité que son activité professionnelle lui faisait encourir, l'utilité de cette mesure fut expliquée par le fait qu'une « telle séparation des patrimoines » – moyen de cette limitation de responsabilité – « devrait encourager l'esprit d'entreprendre chez les petits entrepreneurs »⁴¹⁴, permettant d'espérer une

⁴¹² G. HORSMANS, « Responsabilité limitée et plaisirs sans limites », *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 543 et s., spéc. p. 546.

⁴¹³ V. par exemple en ce sens P. SERLOOTEN, « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », *D.* 1985, chron. XXXIII p. 187, §2 ; « l'activité commerciale avec risque illimité décourage certains de s'y livrer. À un moment où l'économie française manque d'entreprises modernes et compétitives, la limitation de responsabilité stimulerait l'esprit d'entreprise ».

⁴¹⁴ Projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) : étude d'impact, janvier 2010 (<http://www.assembleenationale.fr/13/pdf/projets/pl2265-ei.pdf>), p.10.

« augmentation significative du nombre des créations d'entreprises »⁴¹⁵, objectif politique recherché dans la mesure où « sécuriser et encourager la création d'entreprises constitue un impératif pour assurer le développement et la compétitivité de notre économie »⁴¹⁶.

157. C'est ainsi qu'en offrant à l'entrepreneur un régime de faveur lui permettant de limiter les risques inhérents à l'exercice de son activité, le législateur espère inciter à la création d'entreprises dont la multiplication constitue un objectif de politique économique. Cette justification qui présida à l'instauration de l'EIRL – dernière institution en date à réaliser ce phénomène de limitation de responsabilité *erga omnes* – paraît tout autant valoir pour le régime de limitation de responsabilité des associés de sociétés commerciales personnifiées⁴¹⁷.

158. Toutefois, il peut être remarqué que cette justification centrée sur la volonté de protection des entrepreneurs ne paraît émerger qu'assez tardivement et il paraît assez difficile d'en trouver trace avant 1925 lorsqu'est consacrée la SARL. Antérieurement, cette mesure était essentiellement réservée à un type d'associés que l'on pourrait qualifier de « financiers »⁴¹⁸, caractérisés par leur distance vis-à-vis de l'entreprise et de sa gestion : les commanditaires et les actionnaires de sociétés anonymes. Cette protection, réservée au financier, s'expliquait par l'aptitude de celle-

⁴¹⁵ *Ibid.* p. 17.

⁴¹⁶ Conclusions de la commission des lois afférentes à la proposition de loi N° 201 relative à la création d'un patrimoine d'affectation de l'entreprise, session ordinaire de 1999-2000, annexe au procès verbal de la séance du 2 février 2000, <http://www.senat.fr/rap/a99-201/a99-2010.html>.

⁴¹⁷ V. pour une justification moins directement fondée sur la seule volonté de promouvoir la création d'entreprises : C. CHAMPAUD, « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée, rapport du groupe d'étude chargé d'apprécier la possibilité d'introduire l'EPRL dans le droit français », *RTD. Com.* 1979, p.579 et s., spéc. p. 588 : « la ruine totale, et parfois définitive avec l'âge, la perte de biens qui étaient le fruit d'une vie de labeur ; voire de privations, la déchéance de la pauvreté subite, tous ces maux semblent au mieux disproportionnés avec les fautes humaines qui les causent, au pire injustes et absurdemment criminels, eu égard à l'impuissance dans laquelle se trouvaient les intéressés en ce qui concerne leur prévention ». Il pourrait toutefois être rétorqué que l'argument prouve trop car l'injustice qui est pointée découle de la logique fondamentale de notre droit de la responsabilité civile qui n'établit aucune corrélation entre la gravité de la faute et l'ampleur de la dette de responsabilité, mais qui indexe essentiellement celle-ci sur le montant du préjudice subi par la victime. De sorte que si l'on estime qu'il y a une injustice dans ce système, c'est la logique première du droit de la responsabilité qu'il conviendrait de réformer plutôt que de n'épargner de l'injustice que ce système engendre, seulement les individus qui parviennent à se placer sous l'empire d'un régime protecteur par le truchement d'une société ou d'une EIRL. En effet, celui dont l'allumette mal éteinte aura été jetée par mégarde dans un soupirail et qui se trouvera tenu des conséquences de l'incendie que son geste aura déclenché, pourra de la même manière être mené à la ruine par une dette de responsabilité qui peut sembler disproportionnée au regard de la gravité de son geste.

ci à drainer, au bénéfice des entreprises nécessiteuses de financements, l'épargne de ceux qui cherchent à faire fructifier leurs capitaux⁴¹⁹.

Le mécanisme alors, en ce qu'il s'adressait essentiellement à des acteurs à la frontière de l'associé et du bailleur de fonds, portait encore en lui les stigmates de son origine.

159. En droit positif contemporain, ces deux justifications semblent coexister et la limitation de la responsabilité de l'associé trouver sa raison d'être à la fois dans la protection qu'elle offre à l'entrepreneur et à celle qu'elle offre au financier. Elles se recoupent certainement en un sens puisqu'elles font toutes deux de la protection de l'associé, le moyen d'une incitation à le devenir, dans le but de favoriser la création et le développement d'entreprises commerciales.

160. Il paraît ressortir de l'étude de la généalogie de ce mécanisme que les justifications en question ne furent découvertes que rétrospectivement : toutes deux vinrent expliquer, *a posteriori*, une pratique juridique née sans but.

En effet, en ce domaine tout particulièrement, il est vrai d'affirmer que « le droit commercial est né de la pratique. Ses normes sont la consécration d'usages peu à peu établis et non une construction de la raison »⁴²⁰ et tout laisse à penser que le régime de limitation de la responsabilité de l'associé que connaît notre droit positif ne procède pas de décisions émanant d'un législateur neutre arbitre, motivé par la recherche d'un point d'équilibre entre les différents types d'intérêts sociaux en conflit, en quête du juste et de l'utile ; mais qu'il est plutôt le produit d'un mouvement progressif et diffus de glissements conceptuels désordonnés et apparaît en dernière analyse comme le fruit d'une dégénérescence du principe voulant que le prêteur ne peut être tenu des engagements souscrits par l'emprunteur.

⁴¹⁸ V. not. sur cette catégorie d'associés et sur la question de la possibilité d'une distinction entre associés, G. RIPERT *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, *op. cit.* n°45 ; plus récemment, E. CASIMIR, *Les catégories d'actionnaires*, *th. cit.*

⁴¹⁹ V. la fameuse formule de G. RIPERT : « un merveilleux instrument créé par le capitalisme moderne pour collecter l'épargne en vue de la création et l'exploitation des entreprises » (*op. cit.*, p. 190).

⁴²⁰ M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ 1956, n°37 p.34. Rapp. C. CHAMPAUD cité par A. PIROVANO, « Introduction critique au droit commercial contemporain », *RTD com.* 1985 p. 219 et s., spéc. p. 221 : « le droit commercial est le produit de l'histoire et non une construction logique ».

161. C'est « en remontant le temps à partir de nos propositions actuelles les plus assurées, en cherchant à les dater et à repérer leurs origines que nous comprendrons ce que nous sommes », écrivait Christian Atias⁴²¹, aussi sera-t-il instructif de s'employer à retracer la généalogie du phénomène de la limitation de la responsabilité de l'associé et de se pencher sur l'évolution et l'apparition de ses justifications afin de tâcher de comprendre comment ce mécanisme a pu s'imposer comme une mesure parfaitement banale que nul ne semble remettre en cause en son principe, et si peu en sa réalisation effective de droit positif. L'étude révèlera une émergence erratique de la mesure de limitation de la responsabilité de l'associé, qui semble s'être développée au gré d'évolutions sporadiques incontrôlées et de glissements conceptuels chaotiques (Chapitre 1). Aujourd'hui, cette disposition puise sa légitimité dans l'objectif de politique économique de promotion de l'entrepreneuriat et d'attraction des investisseurs qu'elle est réputée servir. La quête de croissance économique qui semblé érigée au rang d'impératif politique majeur de nos démocraties occidentales, et à laquelle la mesure peut se rattacher, la place à l'abri de toute contestation (Chapitre 2).

⁴²¹ C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, Dalloz, 2002, p. 9.

CHAPITRE 1 - GENESE DU MECANISME DE LIMITATION DE LA RESPONSABILITE DE L'ASSOCIE ET DE SES JUSTIFICATIONS

« Toutes les choses qui durent longtemps s'imbibent progressivement si bien de raison qu'il devient incroyable qu'elles aient pu tirer leur origine de la déraison. L'historique précis d'une genèse n'est-il pas presque toujours ressenti comme paradoxal et sacrilège ? »

F. NIETZSCHE, *Aurore*⁴²²

162. Si, ainsi que nous allons le voir, les justifications économiques de la mesure n'apparaissent que relativement récemment, on peut formuler l'hypothèse selon laquelle le phénomène de limitation de responsabilité de l'associé est le produit d'une construction autopoïétique du droit⁴²³. Il procéderait tout d'abord d'une évolution accidentelle de la qualification du commanditaire du Moyen Âge : cet acteur dont le rôle était originellement celui d'un simple financier n'était initialement pas tenu aux dettes de l'entreprise à raison simplement de son extériorité vis-à-vis de celle-ci. Il devint « responsable à hauteur de son apport » lorsqu'il fut qualifié d'associé, cette qualification nouvelle sanctionnant une longue et sinieuse évolution du rôle qu'il vint à tenir dans la direction de l'entreprise qu'il se bornait initialement à financer. C'est alors que naquit le concept de limitation de responsabilité, lequel était jusqu'alors nécessairement dépourvu de sens dans la mesure où, extérieur à l'entreprise et à la société, cet acteur ne pouvait être considéré comme « tenu des dettes sociales ».

⁴²² Trad. J. HERVIER, Gallimard, coll. Idées, p. 25.

⁴²³ Sur cette notion, v. G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, PUF, 1993 ; rapp. R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit*, op. cit. spéc. n° 245, p. 324-325 : « Il importe de confronter ces mouvements au modèle démocratique qui continue de peser sur nombre de nos représentations : dans cette perspective nouvelle, le système juridique se réalise en quelque sorte par lui-même sans que le législateur ait autre chose à faire que prendre conscience des besoins nouveaux – auxquels il est comme obligé de céder. On est très loin de la noblesse dans laquelle la délibération parlementaire était prise en vertu de laquelle la représentation nationale adopterait la loi au terme d'un acte de souveraineté. Tout au contraire, on est dans une conception autopoïétique du droit, c'est-à-dire une conception dans laquelle le droit se crée par lui-même, à l'incitation de ses propres sollicitations, sans intervention déterminante d'une autorité régulatrice extérieure ».

Une fois ce concept consacré, le régime fut dans un premier temps réservé à un certain type très particulier d'associé : le commanditaire dont le statut était hybride, mêlant les caractères d'un associé et d'un simple prêteur de deniers. Mais à mesure que, pour des raisons diverses et conjoncturelles, le statut du commanditaire se rapprochait progressivement de celui des associés « de droit commun », le refus de l'extension de ce régime protecteur aux autres types d'associés devint plus difficile à justifier et dès lors, ces derniers finirent par en obtenir le bénéfice.

C'est ainsi qu'il paraît possible de soutenir que ce qui n'était que la conséquence du principe voulant que le prêteur ne saurait être tenu des dettes souscrites par l'emprunteur, dérivait dans un premier temps en une règle de limitation de responsabilité offerte à certains associés caractérisés par la proximité de leur rôle vis-à-vis de celui d'un bailleur de fonds, avant que ne soit étendu dans un second temps – au gré de la porosité de certaines frontières conceptuelles – le champ d'application de ce régime aux associés qui ne présentaient pas ces particularités.

163. Il convient, afin de donner quelques fondements à cette hypothèse, de retracer les origines de la société en commandite au sein de laquelle le mécanisme est né (Section 1), avant de s'intéresser de près aux causes et circonstances qui permirent l'affirmation du concept de limitation de responsabilité en tant que tel, d'abord au bénéfice du seul commanditaire, puis son extension à d'autres types d'associés (Section 2). C'est au travers de cette longue évolution que l'on appréhendera la mutation des justifications de ce régime.

Section 1 - Du prêteur à l'associé : genèse de la limitation de la responsabilité du commanditaire

164. La commandite, première forme de SSPRL à l'histoire longue et trouble – La première trace formelle d'un associé dont la responsabilité se trouva limitée au montant de son apport peut être trouvée dans la société en commandite. Consacrée pour la première fois par l'ordonnance de 1673⁴²⁴ puis par le Code de 1807, cette institution était connue de la pratique depuis le haut Moyen Âge mais il est difficile d'établir avec précision le moment où cette forme sociale apparaît en tant que telle, tant elle semble être le fruit d'une lente et progressive évolution dont les racines s'étendent, selon certaines conceptions, jusqu'à la Grèce du V^{ème} siècle av. J.-C. Il est ainsi extrêmement délicat de déterminer avec certitude laquelle, parmi les multiples étapes de mutation qui se succédèrent dans la chaîne d'institutions dont elle découle, lui conféra sa nature propre.

165. Principe architectural – Schématiquement, le principe de cette société encore connue de notre droit positif⁴²⁵ repose sur une division stricte des rôles entre d'une part un commanditaire qui apporte tout ou partie des richesses nécessaires à l'entreprise et un commandité qui a la charge de développer et de gérer celle-ci. Seul ce dernier traite avec les tiers et, dans une mesure qui a pu varier selon les époques, s'emploie à la gestion de l'entreprise sociale ; seul celui-ci est par conséquent tenu indéfiniment des dettes que l'entreprise engendre, le commanditaire ne risquant quant à lui dans l'entreprise que sa mise initiale.

166. Cette « limitation de responsabilité » dont jouit aujourd'hui le commanditaire paraît probablement banale au regard de l'état du droit contemporain. Il n'en est pourtant pas toujours allé ainsi et il n'est peut-être pas anodin que la première manifestation de limitation de responsabilité bénéficia à un associé au rôle si particulier, si extérieur à la gestion de l'entreprise et finalement si proche d'un simple bailleur de fonds. On peut ainsi

⁴²⁴ *Édit du roi servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands tant en gros qu'en détail*, v. présenté par E. RICHARD :

<http://partages.univrennes1.fr/files/partages/Recherche/Recherche%20Droit/Laboratoires/CHD/Textes/Ordonnance1673.pdf>

⁴²⁵ Art. L222-1 et s. du Code de commerce.

être tenté de penser que le commanditaire doit le bénéfice de ce régime protecteur, moins à sa qualité d'associé, qu'à son rôle de financier extérieur à l'entreprise financée ; à la proximité de sa situation de celle d'un bailleur de fonds. Son extériorité vis-à-vis de l'entreprise pouvant probablement expliquer à elle seule le fait qu'il ait été exempté des dettes engendrées par l'activité.

167. De fait, l'étude des origines de la commandite paraît confirmer cette hypothèse car ce contrat semble dériver d'institutions au sein desquelles le rôle de financier de celui qui deviendra plus tard le commanditaire est bien davantage marqué qu'aujourd'hui. Ainsi, si la société en commandite dérive effectivement du contrat de commande, lequel est probablement issu du prêt maritime, c'est bien essentiellement un rôle de bailleur de fonds que jouait l'ancêtre du commanditaire (Sous-Section 1). Mais au gré d'évolutions tenant principalement au cadre d'utilisation de ce contrat, l'économie de celui-ci vint à subir quelques subreptices modifications, lesquelles aboutirent *in fine* à la consécration de la qualité d'associé du commanditaire. Naissait alors, par un biais détourné, la première forme de limitation de la responsabilité d'un associé (Sous-Section 2).

Sous-section 1 - Les origines de bailleur de fonds du commanditaire

168. Si en droit positif contemporain le commanditaire se caractérise encore par une certaine passivité vis-à-vis de la gestion de l'entreprise⁴²⁶, ce caractère était encore plus marqué au sein des institutions dont la commandite procède. Au sein du prêt maritime (§2), qui donna vraisemblablement naissance au contrat de commande dont découle la société en commandite (§1), celui qui devint commanditaire était essentiellement cantonné à un rôle de bailleur de fonds.

§1. Le commendator de la commande médiévale, aïeul du commanditaire

⁴²⁶ Ainsi, le commanditaire est-il visé par une interdiction de s'immiscer dans la gestion externe de l'entreprise (L222-6 du Code de commerce), v. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DÉBOISSY, *op. cit.* n°1682, p. 674, qui présentent la commandite comme la société permettant « d'associer des entrepreneurs (commandités) et des investisseurs (commanditaires) ».

169. La commande, première forme ou ancêtre de la commandite – La doctrine semble presque unanimement s'accorder pour voir dans le contrat de commande du Moyen Âge l'ancêtre de notre société en commandite⁴²⁷. Il serait même presque plus judicieux d'analyser la commande comme la première forme de commandite tant ces deux contrats sont proches et que leur distinction apparaît fondamentalement comme assez hasardeuse⁴²⁸. Ce changement d'appellation semble en effet correspondre davantage à une mutation de la perception de ce contrat qu'à une véritable évolution de son économie. Le contrat de commande s'affirma progressivement comme une certaine forme de société à mesure qu'il fut utilisé pour régir les relations des participants à une entreprise permanente, tandis qu'initialement utilisé pour une opération unique, cette qualification de société était moins répandue. Si cette évolution sera plus loin l'objet de développements plus fournis⁴²⁹, il convient pour l'instant de présenter le fonctionnement de ce contrat considéré, sinon comme la première expression de la société en commandite, du moins comme son ancêtre, et au sein duquel la proximité du capitaliste avec un simple prêteur de deniers apparaît avec bien plus d'acuité que dans nos commandites modernes.

170. Apparu essentiellement aux alentours du X^{ème} siècle⁴³⁰ dans les cités commerçantes italiennes⁴³¹, ce contrat se développa rapidement sur le pourtour du bassin méditerranéen⁴³² puis au-delà⁴³³. Il reçut en fonction des lieux ou de ses variantes des

⁴²⁷ V. not. R. SALEILLES, « Etudes sur l'histoire des sociétés en commandite », *Annales de droit commercial*, t. IX, 1895 p. 10s. ; p. 49s. et t. XI, 1897, p. 29ss., spéc. n°13 p. 21, M. DELANGLE, *Des sociétés commerciales, commentaire du titre III, livre Ier du code de commerce*, Joubert, 1843, n°267 ; E. RICHARD, "Mon nom est personne : la construction de la personnalité morale de l'entreprise en histoire du droit ou les vertus de la patience", *Entreprises et Histoire*, n° 57, déc. 2009, dirigé par B. SEGRESTIN (Centre de Gestion Scientifique de l'Ecole des Mines de Paris, Ecole des Mines de Paris, p. 14 et s. , p. 3 ; *contra* cependant : J. H. PRYOR, « The origins of the comenda contract », *Speculum* n°52, 1977 p. 5 s., spéc. p. 6 ; v. aussi R. SALEILLES, *art. cit.*, p.19 qui voit dans les commandes de propriété et le bail à cheptel l'origine des commandes commerciales et des sociétés en commandites.

⁴²⁸ V. en ce sens par exemple R. SALEILLES, *art. cit.* qui vise souvent les contrats de commandes du Moyen Âge dont il est traité ici sous l'appellation de commandite.

⁴²⁹ V. *infra*. Section 2, Sous-Section1.

⁴³⁰ A.-E. SAYOUS, « Les associations de caractère capitaliste à Venise entre le milieu du XI^e siècle et celui du XII^e », *Extrait des Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 1933, vol. 77, n°4, p. 335 et s., spéc. p. 438.

⁴³¹ *Contra* R. TROPLONG, *Le code civil expliqué*, t.1, *Le contrat de société*, C. Hingray, 1843, p.357, n°381 pour qui le contrat apparaît à la même époque à Marseille ou à Montpellier qu'à Gênes ou à Pise.

⁴³² V. not. J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, n°93, p. 170.

⁴³³ Essentiellement en Europe du Nord, notamment Allemagne, v. W. SILBERCHMIDT, « Le droit commercial avant et après L. Goldschmidt », *RHD*, 1934, p.643 s., spéc. p. 654.

dénominations diverses⁴³⁴ sans que, semble-t-il, ces divergences d'appellations ne traduisent des variations de régime suffisantes pour interdire de regrouper l'ensemble de ces formes sous un même concept que serait le contrat de commande⁴³⁵.

Celui-ci avait généralement pour but le financement d'une expédition commerciale maritime⁴³⁶, et consacrait l'entente d'un armateur – appelé complémentaire ou *tractator* – et d'un capitaliste – *commendator* – pour partager les bénéfices de cette opération que finançait le second et que réalisait le premier en son nom⁴³⁷. Le capitaliste acceptait de supporter les risques de mer⁴³⁸, mais si ceux-ci ne se réalisaient pas, le *tractator* était tenu de lui verser en plus du capital initialement fourni, une part des bénéfices que l'opération avait fait naître⁴³⁹.

171. Le rôle de simple financier du *commendator* davantage perceptible – Si la nature exacte de ce contrat est aujourd'hui encore l'objet d'âpres débats en doctrine⁴⁴⁰, sa proximité avec la société en commandite paraît difficilement contestable, la différence entre ces deux institutions résidant essentiellement dans le degré de proximité qu'entretient le capitaliste avec un simple bailleur de fonds, proximité encore plus marquée chez le *commendator* d'alors.

En effet, une fois le contrat conclu, le capitaliste – *commendator* – n'avait semble-t-il plus aucune emprise sur le déroulement des opérations maritimes et commerciales, et aucune place ne lui était laissée dans la direction de l'entreprise. Cela peut s'expliquer par le fait que le contrat n'était – à son origine du moins – utilisé que pour une expédition commerciale unique⁴⁴¹ et n'avait pas de ce fait, au contraire de la plupart de nos sociétés en commandite contemporaine, vocation à régir les rapports

⁴³⁴ Sur ces différentes variantes, v. notamment A.-E. SAYOUS, « Les associations de caractère capitaliste à Venise entre le milieu du XI^e siècle et celui du XII^e », *art. cit.*, qui mentionne la *commendatio*, la *collegantia*, la *rogadia*.

⁴³⁵ A.-E. SAYOUS, « Les associations... », *art. cit.*, p. 443 conclut à l'existence de certaines différences entre les contrats qu'il étudie, elles paraissent toutefois assez dérisoires et la principale ligne de fracture dégagée se concentre autour de l'existence ou non d'un apport de la part du *tractator* (celui qui deviendra commandité), entraînant une simple différence dans la répartition des gains entre les participants. D'ailleurs, certains auteurs remarquent que les diverses appellations furent indifféremment utilisées les unes pour les autres sans grande rigueur de la part des juristes de l'époque, J. H. PRYOR, *art. cit.*, p. 10 et s. ; v. aussi sur ces questions W. SILBERSCHMIDT, *art. cit.*.

⁴³⁶ À l'exception peut-être de la *commendacio* selon A.-E. SAYOUS, « Les associations ... », *art. cit.*, p. 439.

⁴³⁷ Et par conséquent à ses risques dans les rapports avec les tiers ; V. not. J. H. PRYOR, *art. cit.*, p. 21.

⁴³⁸ R. SALEILLES, *art. cit.* p. 24, n°17.

⁴³⁹ A.-E. SAYOUS, « Les associations... » *art. cit.*, p. 440-441.

⁴⁴⁰ V. J. HILAIRE, *op. cit.*, n°94, p.171 et *infra* n°13

futurs des participants à une activité permanente vouée à se développer dans le temps⁴⁴². De fait, une fois le commerçant parti en mer, le capitaliste n'avait plus de toute façon, la possibilité matérielle de s'immiscer dans la direction de l'affaire, et toute collaboration dans la gestion était par conséquent nécessairement exclue. Cet aspect de la commande rend moins évidente sa qualification de société⁴⁴³ et la rapproche du prêt – avec cette particularité qui est l'intéressement du prêteur aux bénéfices – probablement à raison de la difficulté d'y déceler une véritable *affectio societatis* entre ses participants, du moins si l'on retient de cette notion une acception qui dépasse la simple communauté d'intérêts⁴⁴⁴.

172. Mais si le capitaliste de la commande paraît bien jouer un rôle particulier difficilement réductible à la fonction d'un banal associé, il serait pour autant peut être hâtif de conclure sans nuance à la qualification de prêteur de deniers. Ce, à raison de l'indexation de sa rémunération sur les bénéfices de l'entreprise et de sa participation relative aux pertes de celle-ci puisque son remboursement et sa rémunération étaient conditionnés au succès de l'opération. La fonction particulière de ce capitaliste place le contrat au croisement de différentes institutions parmi lesquelles la société, le mandat⁴⁴⁵, le prêt⁴⁴⁶ ou encore le dépôt⁴⁴⁷. La question de cette qualification n'est pas tranchée par les historiens⁴⁴⁸ et il serait certainement trop audacieux de prétendre ici la résoudre. Mais s'il n'est pas permis de retenir avec certitude l'une de ces qualifications en excluant les autres, il reste impossible de ne pas noter la proximité de la fonction du *commandator* avec celle d'un pur bailleur de fonds. Cette proximité avec le prêt est d'ailleurs confirmée par un certain nombre d'indices que l'on pourrait qualifier d'extérieurs à l'économie et à la

⁴⁴¹ J. H. PRYOR, *art. cit.* p. 24

⁴⁴² V. *infra*, Sous-Section 2.

⁴⁴³ V. en ce sens, notamment R. SALEILLES, « Études sur l'histoire de la société en commandite » *art. cit.* p. 23.

⁴⁴⁴ Néanmoins, il semble que la qualification de société, était plus volontiers retenue lorsque les deux parties apportaient une mise, lorsque la « commande » était bilatérale : en ce sens, R. SALEILLES, *art. cit.*, p. 25 ; A.-E. SAYOUS, « Les associations... » *art. cit.*, p. 443. Pour autant, cette société suivait un régime particulier qui la rapprochait du prêt, notamment en ce que cette prétendue société ne cessait pas avec la mort du commanditaire, prétendu associé (v. R. SALEILLES, *art. cit.*, p. 26).

⁴⁴⁵ V. W. SILBERSCHMIDT, *art. cit.* ; R. SALEILLES, *art. cit.*, p. 24.

⁴⁴⁶ V. not. J. HILAIRE, *op. cit.*, n°94 p. 171.

⁴⁴⁷ V. A.-E. SAYOUS, « L'histoire universelle du droit commercial de Levin Goldschmidt et les méthodes commerciales des pays chrétiens de la Méditerranée aux XIIème et XIIIème siècles », *Extraits des annales de Droit commercial français, étranger et international*, 1931, p. 19 ; R. SALEILLES, *art. cit.*, p. 18.

⁴⁴⁸ V. J. HILAIRE, *op. cit.*, n°94, p.171.

fonction du contrat et qui ont plutôt trait à la conception que ses contemporains s'en faisaient, à commencer par le lien étymologique entretenu par ces deux contrats. En effet, selon Troplong, « dans le latin de la moyenne et de la basse latinité, *commandare* signifiait déposer une chose, la prêter, la confier »⁴⁴⁹. Dans le même ordre d'idées, il est possible de remarquer qu'à Venise et à Amalfi, les parties étaient dénommées *creditor et debitor*⁴⁵⁰, « ce qui était une référence expresse au prêt »⁴⁵¹ ; ou encore de relever le caractère réel de ce contrat qui, à l'instar du contrat de prêt et au contraire de la société, ne se formait qu'à la remise des capitaux⁴⁵². Enfin, on notera que « dans l'ancienne commande, le donneur avait privilège sur les produits de retour, par préférence aux créanciers personnels du preneur »⁴⁵³, suivant par là le régime du prêteur de deniers⁴⁵⁴.

Cette proximité du prêt et de la commande pourrait s'expliquer par l'existence d'un lien de paternité entre ces institutions. Pour certains auteurs en effet, la commande n'est que le dérivé du prêt maritime⁴⁵⁵. Il est vrai que la différence entre ces deux contrats paraît suffisamment ténue pour rendre vraisemblable l'hypothèse d'un glissement similaire à celui qui transforma plus tard, la commande en commandite. Les circonstances d'ordre historiques pourraient, à première vue, ne pas l'infirmier.

⁴⁴⁹ R. TROPLONG, *op. cit.* p. 354-355, n°378 ; toutefois pour A.-E. SAYOUS, *commandare* viendrait de *cum mandare*, attestant de sa nature de mandat (« L'histoire universelle... » *art. cit.*, p. 20) ; toutefois cet auteur semble faire une distinction selon les différents types de commandes, et ne parvient pas à la même qualification selon les différentes formes ; en effet, dans un article publié deux ans plus tard (« L'évolution... » *art. cit.*, p. 438), il écrira : « Sur la *commendacio*, aucun doute : *commenda, id est depositum* ; de nombreux actes, ainsi celui du 14 juillet 1035, le démontrent ».

⁴⁵⁰ J. H. PRYOR, *art. cit.*, p. 14.

⁴⁵¹ J. HILAIRE, *op. cit.*, n°94 p. 171. Tandis que si le complémentaire était soumis à des directives précises, la qualification de louage d'ouvrage, ou de mandat salarié n'est pas exclue par certains auteurs, v. J. HILAIRE, *op. cit.* n°106, p. 186.

⁴⁵² J. HILAIRE, *op. cit.*, n°95 p. 172.

⁴⁵³ R. TROPLONG, *op. cit.*, n°378, p. 355.

⁴⁵⁴ M. Pryor relève toutefois des indices du même ordre qui illustreraient à l'inverse une conception marquant la proximité de ce contrat avec la société : v. J.-H. PRYOR, *art. cit.*, p. 14 qui indique que dans la partie ouest de la Méditerranée, les statuts semblent plutôt décrire une relation de *societas*, lié davantage à l'idée d'association plutôt qu'à celle de dette entre *tractator* et *commandator*. Pour M. Hilaire, la confusion régnait autour de la question de la qualification et la commande lui semble avoir emprunté tout à la fois ses caractères à la société et au prêt (J. HILAIRE, *op. cit.*, n°95 p. 172).

⁴⁵⁵ En ce sens, notamment, ASTUTI, *Origini e svolgimento storico della commenda fino al secolo XIII*, Turin, 1933, p. 125-127, cité par J.-H. PRYOR, *art. cit.* p. 23, et qui explique la transformation du *foenus nauticum* romain en *commenda* notamment par l'insécurité qu'entraîna l'éclatement de l'homogénéité du monde méditerranéen : les risques de pertes provenant de saisies à l'étranger, vols, bouleversements politiques et informations incertaines ont pu invalider la présomption qu'un profit raisonnable pouvait être fait si les dangers de la navigation étaient maîtrisés. Les investisseurs ont pu accepter de prendre tous les risques de l'entreprise à leur charge, tandis que les négociants acceptèrent de distribuer une part des bénéfices, même importante plutôt qu'un intérêt fixe depuis qu'un profit n'était plus assuré même si le voyage se déroulait bien. En ce sens aussi, A.-E. SAYOUS, « Les transformations des méthodes commerciales dans l'Italie médiévale », in *Annales d'histoire économique et sociale*, 1929, p. 161-176, spéc. p. 164 ; *contra* J. H. PRYOR, *op. cit.*, p. 23.

§2. Le prêt maritime ancêtre de la commande ?

173. Dáneion nautikón grec, traiectia pecunia et foenus nauticum romains – S'inspirant du *dáneion nautikón* grec, Rome utilisa longtemps pour le financement de son commerce maritime une forme particulière de prêt qui prit sous la République le nom de *traiectia pecunia*⁴⁵⁶ et qui fut ensuite parfois visé par l'expression de *foenus nauticum*⁴⁵⁷.

Il s'agissait d'une « opération de crédit »⁴⁵⁸ qu'il est possible de situer à mi-chemin du prêt traditionnel et de la commande et qui avait pour but le financement d'une expédition commerciale maritime : le prêteur remettait à l'armateur les fonds nécessaires à l'acquisition des marchandises à rapporter ou, plus tard, au financement de l'expédition maritime elle-même, et était rémunéré par le biais d'un intérêt fixe extraordinairement élevé⁴⁵⁹.

La contrepartie de cet intérêt exorbitant résidait dans le transfert des risques de mer au prêteur : la restitution du capital comme le paiement des intérêts n'étaient en effet dus que si le navire parvenait à bon port.

174. La consécration juridique d'un transfert de risque inhérent à l'opération financée – En réalité, on peut facilement deviner les causes de l'émergence de ce contrat, l'existence de nombreux périls qui accompagnaient alors la navigation en mer (risques de naufrages, d'actes de piraterie, etc.)⁴⁶⁰ avait pour conséquence « qu'il le voulut ou non, le capitaliste qui consentait un prêt à un modeste commerçant partant pour un voyage plus ou moins lointain courait les risques de celui-ci parce que, en cas de circonstances défavorables, son débiteur était dans l'impossibilité de tenir ses engagements »⁴⁶¹ de sorte

⁴⁵⁶ V. sur ce contrat, E. CHEVREAU, « La *traiectia pecunia* : un mode de financement du commerce international », in *Mémoires de Société pour l'Histoire du Droit*, vol. 65, 2008, p. 37 et s.

⁴⁵⁷ L'expression semble apparaître pour la première fois à la fin du III^{ème} siècle, v. E. CUQ, v^o « *Foenus nauticum* », in *Le Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines de Daremberg et Saglio*, Hachette, 1877-1919 ; et E. CHEVREAU, *art. cit.* p. 41.

⁴⁵⁸ V. E. CHEVREAU *art. cit.*, p. 37.

⁴⁵⁹ Selon E. CHEVREAU (*art. cit.* p. 45), dans le *dáneion nautikón* grec, les intérêts étaient généralement de 30% du capital.

⁴⁶⁰ V. E. CHEVREAU, *art. cit.* p.37.

⁴⁶¹ A.-E. SAYOUS, « Les transformations ... », *art. cit.*, p. 164, l'auteur tient ces propos à propos du contrat de commande pour faire valoir l'intérêt de ce contrat vis-à-vis du contrat de prêt de droit commun ; mais ils semblent tout autant pertinent pour expliquer l'intérêt du prêt maritime romain comparé au prêt de droit commun. D'ailleurs, si l'auteur parle de *commenda*, l'opération qu'il décrit (prévoyant la rémunération du capitaliste par intérêt fixe) semble en réalité être bel et bien un contrat de prêt maritime. L'auteur semble assimiler ces deux institutions : pour lui, le prêt maritime serait

que, dans le cadre d'un prêt traditionnel, le prêteur supportait bien souvent, de fait et sans rémunération particulière, les risques de mer.

Le *dáneion nautikón* grec et ses équivalents romains ne firent que consacrer juridiquement le transfert de ce risque, en assortissant la créance du prêteur d'une condition tenant au bon déroulement du voyage, justifiant par là le paiement d'intérêts plus élevés et permettant aussi, plus tard, d'échapper à la prohibition de l'usure⁴⁶².

175. Ce prêt maritime était ainsi finalement très proche du prêt dont il dérive assurément, et auquel il était, à de nombreux égards, assimilé par les juristes de l'époque⁴⁶³ ; avec toutefois pour différence qu'il consacrait juridiquement l'association du prêteur aux risques de l'opération financée. Il semble tout autant, proche de la commande⁴⁶⁴ avec cependant une association moins importante du capitaliste au succès et aux risques de l'expédition puisque le capitaliste était dans le prêt maritime, rémunéré par un intérêt fixe et non par une participation aux bénéfices comme dans la commande, et ne partageait par conséquent que les risques de mer et non l'ensemble des aléas que comporte, dans sa globalité, l'opération commerciale⁴⁶⁵. Mais on peut ne voir là finalement qu'une différence assez minime ne portant que sur le périmètre du risque couvert et qui se traduit techniquement par une modification du mode de rétribution du capitaliste.

176. La commande comme dérivé de ces prêts maritimes – La différence entre ces deux contrats paraît ainsi assez ténue. Aussi remplirent-ils une fonction économique proche et l'hypothèse de l'apparition de la commande maritime par un phénomène de

déjà une *commenda*, qui évolue par la suite en intégrant un intéressement aux bénéfices de l'opération.

⁴⁶² Le paiement des intérêts pouvant trouver sa cause dans la couverture du risque par le prêteur et non pas dans le seul prêt ; v. not. A.-E. SAYOUS, « Les transformations... », *art. cit.*, p. 166, J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 173.

⁴⁶³ V. E. CUQ, *op. cit.*, qui rappelle que pour les juristes romains, « la *trajecticia pecunia* est tantôt un véritable *mutuum* et tantôt un *mutuum* soumis à des règles particulières. »

⁴⁶⁴ V. *supra* note 461, A.-E. SAYOUS (« Les transformations... », *art. cit.*), comme d'autres auteurs assimilent commande et prêt maritime.

⁴⁶⁵ Si le voyage en mer se déroulait heureusement, le paiement de l'intégralité du capital et des intérêts était du dans le prêt maritime, tandis que dans la commande, la rémunération du capitaliste dépendant des bénéfices réalisés, c'était donc sur le résultat de l'opération commerciale dans son ensemble qu'était indexée sa rémunération.

glissement subreptice du prêt maritime semble plausible⁴⁶⁶. Quant à la crédibilité historique de celle-ci, la proximité spatio-temporelle de l'utilisation de ces contrats paraît de prime abord jouer en sa faveur : les cités italiennes où la commande vit le jour étaient bien entendu soumises auparavant au droit romain.

Enfin, cette hypothèse d'un glissement, d'une évolution du *foenus nauticum* en contrat de commande pourrait aisément s'expliquer par l'évolution du contexte géopolitique : « la *commenda* a pu se développer à partir du *foenus nauticum* comme la conséquence de circonstances économiques perturbées procédant de l'éclatement de l'Empire romain. Avec l'éclatement de l'homogénéité méditerranéenne, le climat du commerce devint moins favorable et les informations sur les marchés et les produits moins fiables. Les risques de pertes provenant de saisies à l'étranger, vols, bouleversements politiques et informations incertaines ont pu invalider la présomption qu'un profit raisonnable pouvait être fait si les dangers de la navigation étaient maîtrisés. Les investisseurs ont pu accepter de prendre tous les risques de l'entreprise à leur charge (...). Ils ont pu abandonner la sécurité d'un prêt à intérêt fixe en contrepartie d'une part dans ce qui pourrait être d'importants bénéfices, tandis que les négociants acceptèrent de distribuer une part des bénéfices, même importante plutôt qu'un intérêt fixe depuis qu'un profit n'était plus assuré même si le voyage se déroulait bien »⁴⁶⁷.

177. Une hypothèse cependant controversée – Il reste que, défendue par certains⁴⁶⁸, l'hypothèse n'en est pas pour autant unanimement admise par les historiens⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ Le fait que le prêt maritime continua à être utilisé par la suite, parallèlement à la commande, ne paraît pas de nature à infirmer l'hypothèse (v. *contra* J. H. PRYOR, *art. cit.*) ; la garantie autonome dérive ainsi par exemple assez vraisemblablement du cautionnement ce que ne saurait démentir le fait que ces deux contrats soient aujourd'hui concurremment utilisés.

⁴⁶⁷ J. H. PRYOR, *art. cit.*, p. 23, traduction libre, « a contract such as the *commenda* might have developed from the nauticum *foenus* as a result of disrupted economic conditions following the collapse of the Roman Empire. With the virtual collapse of Mediterranean homogeneity the climate for commerce became less favorable and information about markets and supplies less reliable. Risk of loss from seizure abroad, robbery, sudden changes in political conditions, and unreliable information would have made invalid the assumption that a reasonable profit was to be made if the dangers of navigation could but be overcome. Investors may have accepted liability for all loss (...). They may have abandoned the security of a loan at fixed interest in return for a share of what might be a very large profit. Agents may have preferred to return a share of the profit, even a large share, rather than a fixed interest since a profit was not assured even if the voyage was successfully accomplished. » ; mais qui conteste *in fine* cette analyse ; v. cependant en ce sens G. ASTUTI, *Origini e svolgimento storico della commenda fino al secolo XIII*, Turin, 1933, p. 125-127.

⁴⁶⁸ V. not. W. SILBERSCHMIDT, *op. cit.*, p. 655.

⁴⁶⁹ La question de l'origine du contrat de commande médiévale fait en effet l'objet de réponses variées en doctrine. Qirād islamique, 'isqa juive, *dáneion nautikón* grec, *chreokoinônia* byzantine sont notamment invoqués en tant qu'ancêtre de la commande. (v. A.-L. UDOVITCH « At the origins

Certains auteurs retiennent plus volontiers la *chreokoinōnia*, prêt maritime byzantin, comme ancêtre de la commande⁴⁷⁰, thèse qui n'est d'ailleurs pas inconciliable avec la précédente à raison de l'étroitesse des relations entre Byzance et Rome, de leur terreau juridique et « civilisationnel » commun et de l'identité de racine des prêts maritimes respectifs de ces deux ordres juridiques⁴⁷¹. De sorte qu'il ne paraît pas inconcevable que ce soit dans une certaine mesure par le truchement de la *chreokoinōnia* byzantine que le *foenus nauticum* romain inspira la commande⁴⁷².

178. Conclusion de sous-section – Si la thèse de la paternité du prêt maritime romain sur la commande n'est pas unanimement retenue par les historiens, elle n'en reste pas moins fortement convaincante. Par ailleurs, les autres contrats qui disputent au *foenus nauticum* la paternité de la commande sont essentiellement des prêts maritimes issues d'autres civilisations (juive, islamique, byzantine voire grecque), à la nature et à l'économie très proche du *foenus nauticum*⁴⁷³.

Mais en tout état de cause, le lien de filiation unissant la commandite au contrat de commande, dont la réalité est plus certaine, semble à lui seul suffire à donner à la limitation de la responsabilité du commanditaire un fondement assez éloigné des justifications teintées d'objectifs de politique économique qui lui sont aujourd'hui généralement apportées. Le fait que le capitaliste ne soit pas, dans ces sortes de contrats, tenu des dettes souscrites par le commerçant dans le cadre de la réalisation de l'affaire, peut s'expliquer ainsi aisément par la distance du capitaliste vis-à-vis de l'entreprise.

of the western commenda : Islam, Israel, Byzantium ? », *Speculum* 37, 1962, p. 198 s. ; H. J. PRYOR, *art. cit.*, pour une présentation synthétique des diverses conceptions, et les références citées). Il est peut être même d'ailleurs illusoire de chercher dans une institution unique la paternité de ce contrat qui pourrait plutôt être le produit d'une multitude d'influences (en ce sens J. H. PRYOR, *art. cit.* p. 5).

⁴⁷⁰ V. A.-E. SAYOUS, « Les associations de caractère capitaliste à Venise entre le milieu du XI^e siècle et celui du XII^e... », *Extrait des Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 1933, vol. 77, n^o4, p. 335 et s., spéc. p. 383 et s. . Aussi, encore que mesuré J. H. PRYOR, *art. cit.* p. 6, CESSI cité par W. SILBERSCHMIDT, *art. cit.*, p. 655 ; L. GOLDSCHMIDT cité par A.-E. SAYOUS, « Les associations... », *art. cit.*, p. 9.

⁴⁷¹ En effet, tant la *chreokoinōnia* byzantine que le *foenus nauticum* romain semblent issus du prêt maritime grec, v. les développements *supra* à propos du *foenus nauticum* et R. DARESTÉ, « La lex Rhodia », *Nouvelle Revue de Droit Français et Étranger*, 1905, p. 429 s. à propos du prêt maritime byzantin.

⁴⁷² En tout état de cause, il est presque indifférent pour la présente démonstration de reconnaître à la *chreokoinōnia* la paternité de la commande, le rôle qu'y tient le capitaliste étant autant proche de celui d'un bailleur de fonds.

⁴⁷³ V. *supra* note 54 et les références citées.

Il pourrait alors apparaître que la première forme de limitation de responsabilité d'un associé que notre droit ait connu, au travers du régime du commanditaire, ne procède pas tant d'une volonté de déroger pour des raisons de politique économique au régime de droit commun de l'associé et aux principes gouvernant les règles de responsabilité, mais qu'elle n'était plutôt qu'une sorte d'héritage du régime de droit commun du bailleur de fonds duquel le commanditaire tire sa paternité et dont il conserve certains traits.

On peut ainsi être amené à penser que c'était originellement la distance entretenue vis-à-vis de l'entreprise et l'absence de participation à sa gestion qui justifiait que les commanditaires, simples financiers, ne soient pas tenu aux dettes que celle-ci générerait et qu'ils « ne [puissent] être responsables ni à l'égard des autres associés, ni à l'égard des tiers, parce qu'ils n'ont aucun moyen d'agir sur le développement des affaires sociales »⁴⁷⁴.

179. Toutefois, cette justification de la limitation de la responsabilité du commanditaire tirée de la proximité de sa situation avec celle d'un simple bailleur de fonds fut remise en cause par l'évolution ultérieure du rôle du commanditaire, à mesure que celui-ci devint un véritable associé prenant part à la gestion des affaires.

Sous-Section 2 - L'émergence du phénomène de limitation de la responsabilité de l'associé par l'affirmation de la qualité d'associé du commanditaire

180. Ainsi issu de la particularité du rôle du *commendator*, lequel n'était originellement presque rien de plus qu'un simple financier, le fondement de la limitation de la responsabilité va évoluer à mesure que la place du *commendator* dans la direction de l'entreprise va s'accroître (§1) et à mesure que, pour des raisons d'ordre conjoncturel, la perception que l'opinion commune s'en fait évoluera : le *commendator* devenant progressivement un véritable associé, émerge avec l'évolution de son statut le premier phénomène d'associé à responsabilité limitée (§2) .

⁴⁷⁴ H. ROUSSEAU, « Commanditaires et commandités » in *Études offertes à G. Ripert*, LGDJ 1950, p. 334 et s., spéc. p.339.

§1. L'évolution du rôle du commanditaire : l'immixtion dans la direction de l'entreprise, amorce d'une rupture avec les justifications originelles (fin XII^{ème} - XVII^{ème} siècles)

181. Le commanditaire du Moyen Âge tend à être de plus en plus intégré dans l'entreprise et va commencer à s'intéresser à la façon dont sont gérés ses fonds. Du fait de cette immixtion, son statut se rapprochera de celui d'un associé et sa qualification évoluera en ce sens⁴⁷⁵.

On peut formuler l'hypothèse que cette mutation est la conséquence presque inéluctable de la modification de l'utilisation pratique de la commande qui commence à être employée pour des entreprises de commerce stables et permanentes et non plus des opérations maritimes uniques.

182. L'évolution subreptice de l'économie du contrat à raison d'une mutation de l'objet de l'entreprise sur laquelle il porte – En effet, lorsque l'opération n'avait pour objet qu'une opération unique, et particulièrement une expédition maritime, le financier était nécessairement exclu de fait de la gestion de l'opération qu'il finançait : l'éloignement spatial, l'unicité de l'opération, rendaient assez peu réalisable une cogestion à laquelle serait partie le financier, pas plus d'ailleurs qu'une simple surveillance.

Dès le milieu du XII^{ème} siècle, la commande vient à être utilisée pour des activités maritimes dépassant la simple opération singulière⁴⁷⁶, elle sera par la suite utilisée pour le commerce de terre⁴⁷⁷ et c'est ainsi qu'elle prend son essor en tant que société organisant les rapports entre les parties à une entreprise permanente⁴⁷⁸.

Cette évolution de l'utilisation de la commandite pour le financement d'une entreprise ayant pour objet une activité stable qui a vocation à se développer dans le

⁴⁷⁵ Bien que dans certaines circonstances, le commanditaire ait très tôt été, dans une certaine mesure, perçu comme un associé, ainsi dans le cadre de la *societas maris*, commande maritime caractérisée par une mise de fonds du *tractator*. V. *supra*, note 29 et R. SALEILLES, art., p. 25.

⁴⁷⁶ Pour le constat d'une telle extension, v. A.-E. SAYOUS, *Les associations...* art.cit., p.441. Néanmoins, si l'auteur qui situe l'apparition de cette mutation pour le commerce maritime au XII^{ème} siècle remarque que cette évolution s'accompagne d'un rapprochement de la commande avec notre commandite moderne, il observe à l'inverse que cette évolution s'accompagne d'un retrait du capitaliste dans la direction de l'affaire.

⁴⁷⁷ J. HILAIRE, *op. cit.*, n°102, p. 180.

⁴⁷⁸ *Ibid.*

temps – essentiellement un commerce terrestre régulier⁴⁷⁹ – fit vraisemblablement naître chez le financier un légitime désir de contrôler l'utilisation des richesses qu'il apportait, et la frontière entre la surveillance et l'orientation de la gestion étant en définitive assez floue⁴⁸⁰, il est facile d'imaginer qu'elle fut rapidement franchie. En somme, il apparaît tout à fait plausible que ce soit à l'occasion de la mutation de l'objet des contrats de commande que le capitaliste eut le désir de s'immiscer quelque peu dans le contrôle et la direction de l'entreprise financée. Or, à une époque marquée par « la domination des faits »⁴⁸¹, « le poids de la pratique, les errements du législateur, les servitudes des juristes »⁴⁸², rien ne semble avoir pu s'opposer à la réalisation de ce souhait, sinon, selon les cas, la nature des rapports de puissance de fait entre les parties. Il semble en effet que ce soit dans un premier temps la nature de ces rapports qui, seule, dicta l'attribution ou non d'un pouvoir de direction au commanditaire : « en fait, derrière la situation juridique, tout était affaire de personnes »⁴⁸³.

183. De fait, il semble en effet que l'utilisation de la commande pour le commerce de terre⁴⁸⁴ intervint en parallèle du brouillage des frontières entre la commande et la compagnie⁴⁸⁵ (sorte de société à la structure banale, initialement familiale, « dont l'étymologie fait allusion au fait de partager le même pain »⁴⁸⁶) et de l'immixtion du commanditaire dans la gestion de l'entreprise⁴⁸⁷. Et c'est ainsi que, parallèlement à l'évolution de l'objet des commandites, se développa une pratique consistant à permettre au commanditaire de surveiller, mais aussi d'orienter la gestion du capital qu'il apportait. Cela étant, il semble admis que s'il s'avérait que le commandité n'était qu'un préposé du

⁴⁷⁹ Ibid.

⁴⁸⁰ J. HILAIRE, *op. cit.*, n°133, p.220.

⁴⁸¹ J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 135.

⁴⁸² Ibid.

⁴⁸³ J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 195, n°113.

⁴⁸⁴ Il est à remarquer que bien entendu, la commande continuera à être utilisée parfois pour des opérations isolées et le commerce de mer. Ce type d'utilisation prendra par la suite une qualification autonome et distincte : celle de participation ou de société anonyme (au sens de société occulte bien entendu) ; v. not. sur cette distinction entre la participation et la société, R. SALEILLES, *art. cit.*, p. 54 et s.

⁴⁸⁵ A.-E. SAYOUS, « Les transformations... » *art. cit.* J. HILAIRE, n°102, p. 180 ;

⁴⁸⁶ J. HILAIRE, *op. cit.*, n°97, p. 174.

⁴⁸⁷ v. R. SALEILLES, situe cette immixtion au cours de la seconde période qu'il analyse : celle où la commande commence à se transformer en société occulte, et qui débute au XIV^{ème} siècle : *art. cit.*, rapp. p. 23 et p. 49.

capitaliste, la limitation de responsabilité de ce dernier cessait et il devenait responsable pour les dettes souscrites par le premier⁴⁸⁸.

Toutefois, « on sait combien le concept de société en commandite est demeuré indéfini dans notre ancien droit »⁴⁸⁹ et il faut reconnaître que cette évolution ne fut pas linéaire car la pratique de cette société semble à cette époque particulièrement floue et hétéroclite⁴⁹⁰. Aussi, la nature des liens personnels des participants a probablement été le véritable guide de l'attribution du pouvoir de direction de l'entreprise entre le complémentaire (ancêtre du commandité) et le commanditaire ; certainement davantage que ne l'a été l'architecture théorique d'un modèle de société cohérent⁴⁹¹.

184. L'amorce de la rupture d'avec les justifications initiales – À ce stade de l'évolution de cette institution, il est déjà possible d'aboutir à la conclusion que « la commandite recelait un véritable contresens par rapport au modèle italien »⁴⁹² et que le privilège du commanditaire avait déjà rompu avec ses justifications : il devenait alors impossible d'expliquer encore la répartition inégale de la charge des pertes par le rôle en retrait du commanditaire à la façon d'un bailleur de fonds et son absence de gestion, puisqu'il tendait alors à devenir un véritable associé et que, autrement dit, l'échec de l'entreprise pouvait bien davantage qu'auparavant lui être imputé⁴⁹³ : l'immixtion du commanditaire dans l'entreprise via la surveillance ou même la direction de la gestion de l'entreprise éloigna par là d'autant le commanditaire de son statut originel de prêteur de deniers et le rapprocha de celui d'associé. À ce stade, la limitation de sa responsabilité à son apport semble déjà difficile à concilier avec les axiomes du droit civil⁴⁹⁴.

⁴⁸⁸ V. R. SALEILLES art. cit., n°24, p. 52 se fondant sur les écrits de Casarégis.

⁴⁸⁹ J. HILAIRE, *op. cit.*, n°113, p. 195.

⁴⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁹¹ V. en ce sens J. HILAIRE, *op. cit.*, n°113, p. 195, H. LEVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Domat-Montchrestien, 1938, p. 160.

⁴⁹² J. HILAIRE, *op. cit.*, n°113 p. 196 .

⁴⁹³ V. E. POTU, « La défense d'immixtion du commanditaire », *Annales de droit commercial*, 1910, pp. 124 et s. ; P. PIC, « La défense d'immixtion des commanditaires dans la gestion sociétés et la crise actuelle », *DH* 1933, chron. 21.

⁴⁹⁴ On peut remarquer que, plus tard, le tribunal de Cassation s'était, à l'occasion de la rédaction du Code de commerce – et à l'instar de certaines cour d'appel et de certains auteurs – montré farouchement opposé à l'admission des commanditaires aux assemblées générales, et semblait défavorable à l'octroi d'un pouvoir de direction, sinon même de surveillance aux commanditaires (v. notamment sur ce point, TROPLONG, *op. cit.*, n°422 et s., p. 390 et s.). Pourtant cette opinion a pu surprendre certains commentateurs, à commencer par Troplong, (*ibid.*), arguant que l'immixtion du commanditaire dans la gestion était déjà admise de longue date (v. aussi J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 195, n°113).

185. Évolution de la perception du contrat – Cette mutation du cadre d'utilisation de la commande et celle de l'économie du contrat qui en résulte coïncident avec une évolution de la représentation commune chez les juristes et praticiens de l'époque : dès le début du XIV^{ème} siècle, on vint à admettre généralement que « les deux parties devenaient des associés et que les rapports juridiques établis entre elles n'étaient pas des simples rapports de prêteur à emprunteur »⁴⁹⁵. C'est insensiblement ici que se réalise vraisemblablement la mutation de la commande des cités italiennes en société en commandite que connaît encore notre droit contemporain⁴⁹⁶.

La rupture semble ainsi, à partir de cette époque, entamée entre ce régime de limitation de la responsabilité du commanditaire et ses justifications originelles. Ce dernier est devenu à de nombreux égards un véritable associé, et la gestion malheureuse de l'entreprise peut désormais lui être dans une certaine mesure imputée. La proximité avec la « société générale » d'alors s'accuse, et le cantonnement du régime privilégié dont bénéficie le commanditaire devient plus difficilement justifiable, de sorte qu'il devient déjà prévisible que d'autres types d'associés viennent à revendiquer le bénéfice de cette mesure protectrice.

186. L'influence alors occulte du commanditaire – Il peut être remarqué que cette mutation du rôle du commanditaire ne concernait que les rapports des parties au contrat et était *a priori* indifférente pour les tiers, ce qui facilita probablement son admission. En effet, cette évolution que connurent les commandites au sein desquelles le rapport de puissance était en faveur d'un commanditaire désireux d'imposer son contrôle, ne nuisit pas par elle-même aux tiers ; et s'il devenait admis que le commanditaire pouvait prendre part à la gestion, il n'intervenait alors qu'en interne et ne pouvait, sans être déchu de son privilège, se présenter aux yeux des tiers. Ces derniers continuèrent à ne traiter, comme auparavant, qu'avec le complémentaire⁴⁹⁷ qui agissait encore en son propre nom, et le fait que ce dernier ait sa conduite influencée par celui qui n'était originellement que son bailleur de fonds, ne saurait porter préjudice à ses créanciers : à leur égard, rien ne changea

⁴⁹⁵ R. SALEILLES, *art cit.*, p. 26.

⁴⁹⁶ Il est toutefois des cas antérieurs où la commande recevait la qualification de société, tel était le cas lorsqu'elle prévoyait que les deux parties réaliseraient des apports, cette qualification de société était toutefois jusqu'alors généralement réservée à cette seule hypothèse. V. not. R. SALEILLES, *art. cit.*, n°20, p. 49 et *supra* note 28.

⁴⁹⁷ Le commanditaire a en principe toujours été interdit de gestion dans les rapports avec les tiers.

et ils continuèrent d'avoir pour débiteur exclusif mais entier le complémentaire cocontractant⁴⁹⁸.

187. De ce fait, s'il fallait se prononcer sur la valeur de cette évolution, il serait éventuellement possible de l'admettre dans la mesure où elle n'affecte pas les tiers, à condition de faire primer la liberté des parties de régir leurs rapports comme ils l'entendent sur l'impératif délaissé d'une répartition équitable des profits et des pertes entre associés et d'un lien proportionnel entre la vocation de chaque associé aux uns et aux autres.

On peut ainsi concevoir que le consentement du complémentaire à supporter seul la charge des pertes dépassant le montant de l'apport ait pu être considéré comme suffisant pour admettre le maintien de ce régime de limitation de la responsabilité du commanditaire, en substituant partiellement cette nouvelle justification à l'immobilisme d'antan du capitaliste.

188. Toutefois, bien qu'ils n'en soient pas directement affectés, l'évolution du statut du commanditaire et son rapprochement vis-à-vis du statut d'associé ne laissa pas les créanciers du commandité indifférents et ceux-ci cherchèrent assez tôt à se prévaloir de cette nouvelle qualification d'associé du commanditaire afin d'agir contre lui, à tout le moins à hauteur du montant de l'apport promis. Ils réclamèrent ainsi l'attribution d'une action directe à son encontre, qu'ils obtinrent finalement, bien qu'elle fut limitée au montant de l'apport qu'il s'était engagé à verser.

§2. L'affirmation de la qualité d'associé du commanditaire par l'admission d'une action directe au profit des créanciers sociaux

189. Il paraît possible d'analyser l'admission, au profit des créanciers du commandité, d'une action directe à l'encontre du commanditaire, comme un symptôme majeur de l'évolution ici retracée du statut de cet acteur. En mettant en lien ce dernier avec les créanciers de l'entreprise, cette mesure semble consacrer la conception du commanditaire en tant que véritable associé, rompant ainsi avec son statut originel de prêteur de deniers

⁴⁹⁸ V. sur cette période où la commandite s'affirme comme société dans les rapports *inter partes*, mais reste occulte aux yeux des tiers, R. SALEILLES, *art. cit.*, n°20 et s., p. 49 et s.

externe à l'entreprise menée par le complémentaire. Parallèlement, en ce qu'elle limite la possibilité d'action des créanciers à hauteur du montant que le commanditaire avait promis d'apporter, elle peut être perçue comme la première manifestation véritable du mécanisme de limitation de responsabilité au sens strict.

190. En effet, si le commanditaire n'était à l'origine qu'un simple bailleur de fonds, cela expliquait qu'il ne puisse être tenu des dettes que souscrivait le complémentaire : sa participation limitée aux risques de l'entreprise financée découlait de son statut et de son extériorité vis-à-vis de l'entreprise et des dettes qu'elle générerait. Sous cet angle d'analyse primitif, nulle trace d'une quelconque limitation de responsabilité puisqu'il n'y a, à strictement parler, aucune responsabilité du commanditaire : il perdait certes la somme qu'il avait confié au complémentaire, mais il ne s'agissait là que de la réalisation des modalités particulières du contrat de financement que les parties avaient conclues, et nullement d'une responsabilité limitée vis-à-vis des tiers.

L'attribution aux créanciers sociaux d'une action directe à l'endroit du commanditaire peut être perçue comme le signe d'un renversement de l'analyse : conséquence de la reconnaissance du statut d'associé du commanditaire, celui-ci vient à assumer cette qualification non plus seulement dans les rapports *inter partes* mais aussi désormais dans les rapports avec les tiers et devient vis-à-vis de ceux-ci, tenu des dettes de l'entreprise, encore que sa responsabilité ne puisse être recherchée au-delà du montant de l'apport promis.

191. L'émergence de la première forme de limitation de la responsabilité d'un associé – En dépit de la relative insignifiance de sa portée immédiate, la portée théorique de l'admission de l'action directe paraît ainsi majeure en ce que cette mesure marqua définitivement le triomphe de la conception moderne du commanditaire-associé⁴⁹⁹, tandis qu'elle permit de faire émerger en son sens moderne et plein, l'idée de limitation de responsabilité : le commanditaire devenu associé est désormais tenu des dettes de l'entreprise, mais seulement à hauteur d'un certain montant : c'est bien ainsi le titre qu'ils ont à l'endroit du commandité qui fondera l'action des créanciers, quoique leur action soit plafonnée au montant promis.

⁴⁹⁹ V. en ce sens par exemple H. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 171 et s.

192. Ces enjeux théoriques expliquent que la question de l'attribution de cette action fut l'occasion de la cristallisation d'un clivage entre les tenants de deux conceptions opposées de la commandite⁵⁰⁰. La conscience de la portée de cette mesure ressort ainsi des protestations que Delangle formule à l'endroit de l'admission de cette dernière sous l'empire du Code civil : « Qu'est ce que le commanditaire ? Un simple *bailleur de fonds* qui n'est pas *responsable*. Cette non responsabilité résulte clairement de l'opposition que la loi établit entre l'associé en nom collectif et le commanditaire. De ce que le commanditaire est un simple *bailleur de fonds*, il suit qu'il est tenu, mais tenu envers la société seulement, de verser dans la caisse sociale le montant de sa mise. De ce qu'il n'est pas *responsable*, il suit que les créanciers n'ont pas d'action *directe* contre lui. Dans le système contraire, on voudrait que les créanciers eussent une certaine action directe contre le commanditaire qui n'a pas versé sa mise. Ce serait par conséquent une responsabilité limitée dont on prétendrait grever le commanditaire »⁵⁰¹. Ce fut en effet cette dernière conception qui triompha avec l'admission de cette action directe au profit des créanciers de l'entreprise.

193. Quant au moment exact de cette transformation et du triomphe de la conception du commanditaire en tant que véritable associé *erga omnes* dont la responsabilité est limitée, il paraît délicat à déterminer avec précision, tant « le concept de société en commandite est demeuré indécis dans notre ancien droit »⁵⁰². Selon Saleilles, cette vision de la commandite et la reconnaissance d'une responsabilité *stricto sensu* du commanditaire ressortait déjà de l'ordonnance de 1673⁵⁰³, les auteurs contemporains à cette réglementation n'étaient toutefois pas unanimement en accord avec cette lecture⁵⁰⁴ et selon Levy Bruhl, la pratique était majoritairement en sens contraire⁵⁰⁵ en ce qu'elle n'analysait pas le phénomène en voyant le commanditaire tenu des dettes vis-à-vis des tiers à hauteur du montant de son apport. Aussi, selon ce dernier auteur, ce n'est qu'avec la rédaction du Code de commerce « qu'on considéra la société en commandite comme une société

⁵⁰⁰ V. en ce sens, H. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 171.

⁵⁰¹ DELANGLE, *op. cit.*, n°284 p. 274 ; l'auteur souligne.

⁵⁰² H. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 172.

⁵⁰³ V. R. SALEILLES, *art. cit.*, n°25 et s., p. 55 et s.

⁵⁰⁴ V. par exemple, J.-E. POTHIER, Œuvres complètes, tome 7 ; Du contrat de bail à rentes, du contrat de société, des cheptels, 1823 p. 224 n°102 ; J. SAVARY, Traité du parfait négociant, Louis Billaine, 1675 p. 350.

⁵⁰⁵ H. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 172.

ordinaire dont la différence essentielle avec la société générale consiste dans la limitation de la responsabilité de certains des associés »⁵⁰⁶. Il semblerait que ce soit un arrêt du Tribunal de Cassation du 28 germinal an XI⁵⁰⁷ qui mit un terme définitif à ces hésitations, consacrant sans équivoque l'existence de cette action directe, il apporta le dernier maillon de la chaîne de cette longue évolution de la commandite et du statut du commanditaire.

194. Arrivant au terme de cette généalogie, il convient de résumer très brièvement cette transformation de la commandite au cours de laquelle le mécanisme de limitation de responsabilité s'affirma : alors qu'originellement, le commanditaire n'était pour l'essentiel qu'un simple bailleur de fonds qui ne participait pas à l'entreprise et se bornait à la financer en contrepartie d'un intéressement aux bénéfices, il s'immisça progressivement dans la direction de celle-ci au point de perdre finalement la particularité qui à l'origine justifiait son statut privilégié. Le rapprochement qui s'opéra entre son statut et celui d'un véritable associé modifia la perception du phénomène au point de permettre l'émergence de la conception pleine et entière de limitation de responsabilité lorsque, tirant les conséquences de sa qualification nouvelle, on en vint à admettre qu'il était tenu vis-à-vis des créanciers de l'entreprise, mais seulement à hauteur du montant qu'il avait entendu affecter à celle-ci.

195. Il convient d'insister une fois de plus sur le fait que cette longue et tortueuse évolution qui a été brossée ici à grands traits, par laquelle le commanditaire s'éloigna de son statut originel de prêteur pour devenir associé, suivit un cheminement certainement plus chaotique et serpenté encore que celui qui ressort de cette présentation. Les conceptions que se faisait la pratique de cette société étaient assez confuses et l'on retrouve chez les auteurs jusqu'à très tard des traces de la conception primitive de cette société. C'est ainsi que par exemple Savary définit encore, après l'ordonnance de 1673, la commandite comme la société au sein de laquelle « l'un ne fait que mettre son argent dans la société, sans faire aucune fonction d'associé »⁵⁰⁸, tandis que près de deux siècles plus tard, Troplong aux yeux de qui l'assimilation totale de la commandite à la société restait encore suspecte rappelait que l'« école italienne qui s'est beaucoup intéressé à cette

⁵⁰⁶ Ibid.

⁵⁰⁷ H. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 277.

⁵⁰⁸ J. SAVARY, *Traité du parfait négociant*, 1675 p. 350.

matière » ne perçoit pas la commandite « comme une société formelle et normale »⁵⁰⁹. Delangle, la même année, expliquait quant à lui que la disposition du Code de commerce siège de la prohibition de la gestion du commanditaire est probablement celle qui a « soulevé plus de dissentiments, et produit dans son application plus de contradictions »⁵¹⁰, remarquant qu'encore, en 1843, la question de savoir si le commanditaire avait la possibilité de prendre part à la direction en interne de l'affaire ou si son régime impliquait le cantonnement de son rôle à un simple apport de fonds, était une source de division parmi les auteurs et l'objet d'une jurisprudence contradictoire⁵¹¹. Enfin, particulièrement symptomatique de la difficulté de l'autonomisation de la commandite vis-à-vis de ses origines est cette pratique, qui se perpétua jusqu'à la fin du XVIIIème siècle, consistant à rémunérer le commanditaire tel un prêteur par le biais d'un intérêt fixe pour sa mise, intérêt constituant parfois même son unique rémunération et qui était dû indépendamment du succès de l'entreprise. Cette pratique qui paraît incompatible avec notre conception moderne de l'associé⁵¹² fut pourtant validée par des juristes parmi les plus éminents⁵¹³.

196. Ainsi, le phénomène de limitation de responsabilité, tel qu'envisagé dans notre conception moderne, semble avoir émergé de cette lente évolution du rôle et de la perception du commanditaire, de son progressif avènement en tant que véritable associé. À mesure que le commanditaire s'affirme comme associé, l'impossibilité pour lui d'être tenu à plus que sa mise s'affirme comme un véritable mécanisme de limitation de responsabilité de l'associé.

Il est à retenir que, contrairement à ce que spontanément le sens commun aurait pu laisser penser, le phénomène de limitation de responsabilité des associés n'est pas né d'une modification du régime de l'associé tenant à lui octroyer le bénéfice de ce privilège, mais d'une mutation de qualification d'un bailleur de fonds qui, devenu par suite d'une évolution tortueuse, associé, conserva le bénéfice de son régime initial.

⁵⁰⁹ R. TROPLONG, *op. cit.* p.385.

⁵¹⁰ M. DELANGLE, *op.cit.* n°371 p. 345.

⁵¹¹ Ibid.

⁵¹² Par ce mécanisme le prétendu associé se voit largement soustrait à la participation aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise, élément considéré généralement comme caractéristique, sinon essentiel de l'associé.

⁵¹³ Ainsi par exemple J. E. POTHIER, *op. cit.* n°75 ou encore J. SAVARY *in fine* (*op. cit.* p. 368): v. sur ce point H. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 164-165.

197. Comme cela était prévisible, les spécificités du statut du commanditaire ayant été atténuées et sa qualification d'associé consacrée, ce nouvel « associé » vit son régime envié et constituer une source d'inspiration. C'est ainsi que tout naturellement, la limitation de la responsabilité de l'associé s'émancipa de son cadre initial pour se développer en dehors de la commandite.

Section 2 – La mutation des justifications sous l'effet du développement anarchique de la limitation de la responsabilité de l'associé hors de la commandite

198. Le premier grand mouvement d'émancipation du mécanisme de limitation de responsabilité vis-à-vis de la commandite peut être perçu dans le phénomène qui consista, à la fin du XVIII^{ème} siècle, à limiter par voie statutaire la responsabilité des actionnaires des grandes sociétés de capitaux privées alors en plein essor. Cette pratique fut consacrée quelques décennies plus tard par le Code de commerce qui donna naissance à la société anonyme par actions.

Par là, ce régime vint à être attribué non plus seulement au financier, comme – théoriquement – en matière de commandite, mais également au maître de l'affaire puisque ces deux qualités pouvaient désormais se trouver confondues sans ambages en un unique type d'associé qu'est l'actionnaire. Cette nouvelle application du mécanisme de limitation de responsabilité oblige à reconnaître une évolution de la nature de ses justifications. Ne pouvant plus reposer en effet sur l'application théorique des principes de droit civil en vertu desquels le prêteur n'est pas tenu des dettes de l'emprunteur, il doit désormais s'affirmer en tant que mécanisme dérogatoire au droit commun (Sous-Section 1). Bien qu'initialement méfiant, le législateur s'est finalement résolu à admettre cette évolution afin de répondre à certaines nécessités économiques. Ainsi, afin de favoriser le financement de certaines entreprises de taille exceptionnelle apparaissant avec la révolution industrielle, le choix politique fut fait de consacrer cette mesure dérogatoire, tout en la cantonnant à un champ d'application très restreint. Mais cette restriction fut brisée par l'effet collatéral d'une modification législative qui, bien que poursuivant un autre but, rendit possible l'utilisation de ces sociétés, conçues comme extraordinaires, pour des affaires commerciales d'ampleur banale. Par là, advint la conception commune selon laquelle la réalisation du commerce rend légitime de soustraire son auteur aux règles gouvernant la responsabilité (Sous-Section 2).

Sous-Section 1 - La limitation de la responsabilité des actionnaires des sociétés de capitaux du XVIII^{ème} siècle : une rupture consommée avec les justifications initiales

199. Dès la fin du XVIII^{ème} siècle, des clauses limitant la responsabilité de l'associé au montant de son apport commencèrent à fleurir dans les statuts des grandes sociétés de capitaux privées qui se développaient en marge de tout cadre légal. Si les actionnaires de ces sociétés partageaient souvent de nombreux traits communs avec les commanditaires auxquels la limitation de responsabilité restait en principe réservée, l'équilibre de ces sociétés était toutefois fort différent de celui de la commandite : elles n'étaient en effet composées que d'une seule catégorie d'associés, proches du commanditaire, et l'on n'y trouvait donc pas d'associés au nom desquels le commerce était exercé. L'usage de la limitation de la responsabilité dans ce nouveau cadre, qu'il convient de présenter brièvement (§1), consacre la rupture définitive du phénomène où un associé ne risque pas davantage que son apport avec ses justifications théoriques originelles (§2).

§1. L'essor de la limitation de la responsabilité des actionnaires des grandes sociétés de capitaux à la fin du XVIII^{ème} siècle

200. Émergence des sociétés de capitaux privées – Dans le silence de la loi, la pratique commerciale met sur pieds au XVIII^{ème} siècle, le modèle des sociétés par actions privées⁵¹⁴ que le codificateur de 1807 reprendra en donnant naissance à la société anonyme par action. Ces sociétés par actions privées présentaient de nombreuses similitudes avec les compagnies royales à brevet du XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècle dont elles se sont largement inspirées⁵¹⁵. Grâce à ces dernières, le pouvoir royal était en mesure de récolter les fonds nécessaires aux grandes entreprises (principalement à visée colonisatrice) qu'il dirigeait, en associant ceux qui désiraient financer ces projets aux bénéfiques qui pourraient en

⁵¹⁴ V. H. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 45 et s.

⁵¹⁵ V. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIX^{ème} siècle*, PUF, 1985, p. 8.

résulter⁵¹⁶. Les participants étaient ainsi dans une situation proche de celle du commanditaire primitif en un sens, puisqu'associés aux profits de l'entreprise qu'ils finançaient, ils étaient exclus de sa direction, cette dernière étant en fait réservée au Roi et à ses ministres⁵¹⁷ ; tandis que la gestion quotidienne était confiée aux soins d'administrateurs et de directeurs salariés, simples préposés et représentants de la compagnie⁵¹⁸. Certaines de ces compagnies prévoyaient toutefois quelques assemblées générales d'actionnaires mais celles-ci, souvent bien exceptionnelles⁵¹⁹ et à l'accès très restreint⁵²⁰, semblent n'avoir été « que de pur apparat et sans pouvoir réel »⁵²¹.

201. Aussi, mêlant l'influence de ces compagnies royales à celle des sociétés en commandite⁵²² qui divisaient aussi déjà leur capital en actions cessibles, furent créées au XVIII^{ème} siècle de grandes sociétés par actions exclusivement privées, semblables à ces compagnies publiques⁵²³.

Ces sociétés par actions privées se caractérisaient donc par l'existence d'une seule et unique catégorie d'associés qu'étaient les actionnaires, et si elles prenaient parfois la dénomination de commandite – ce qui peut être perçu comme le signe de la volonté de leurs fondateurs d'inscrire les sociétés qu'ils créaient dans un sillon légal mais aussi comme la marque des errements conceptuels auxquels était en proie cette notion – leur organisation démentait en fait cette qualification⁵²⁴. La gestion était en effet confiée, comme dans les compagnies royales, à des administrateurs et des directeurs salariés⁵²⁵ et ceux-ci étaient en cette qualité des préposés et n'étaient donc pas, contrairement aux commandités, considérés comme agissant pour leur compte et en leur nom mais, bien au contraire, au nom et pour le compte de la société. Aussi,

⁵¹⁶ V. not. J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 199 ou A.-E. SAYOUS, « Les sociétés anonymes par actions, leur nature dégagée par la méthode historique » in *Revue d'économie politique*, 1902, p. 612 et s.

⁵¹⁷ H. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 193.

⁵¹⁸ Et qui n'étaient pas responsables des affaires de la compagnie (v. J. HILAIRE, *op. cit.* p. 202).

⁵¹⁹ V. H. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 192 et s.

⁵²⁰ *Ibid.*

⁵²¹ H. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 195, v. aussi J. HILAIRE, *op. cit.* p. 202.

⁵²² Pour J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 203, si le modèle des compagnies royales exerça une certaine influence pour l'élaboration de ces sociétés de capitaux privées, la société en commandite par action aurait constitué la principale source d'inspiration.

⁵²³ J. HILAIRE, *op. cit.* p. 202 s. e

⁵²⁴ Il existait bien entendu à cette époque, coexistant avec ces sociétés par actions composées exclusivement d'actionnaires, de véritables commandites par actions composées à la fois de commanditaires actionnaires et de commandités. Ce n'est pas de celles-ci dont il est question ici.

⁵²⁵ E. RICHARD, « Mon nom est personne... », *art. cit.*, spéc. n°33. Si ces administrateurs étaient souvent par ailleurs actionnaires, ce n'étaient pas en cette qualité qu'ils géraient les affaires sociales.

leur responsabilité personnelle était-elle exclue pour les affaires de la société⁵²⁶. Quant aux actionnaires, l'apport qu'ils réalisaient était rétribué par le biais de sols ou d'actions, fractions représentatives du capital⁵²⁷ qui – innovation majeure – se caractérisaient par leur négociabilité⁵²⁸. Les droits qui en découlaient étaient essentiellement d'ordre pécuniaire car le pouvoir de gestion et d'organisation paraît avoir été concentré entre les mains des administrateurs dont la subordination aux actionnaires n'était pas encore affirmée⁵²⁹, du moins jusqu'aux dernières années du XVIII^{ème} siècle, lorsque, sous l'influence probable des doctrines républicaines⁵³⁰, eurent lieu de véritables « coups de force »⁵³¹ des actionnaires à l'égard des administrateurs.

202. Émergence des clauses limitant la contribution aux pertes dans les rapports internes puis externes – Tel était, dans les grandes lignes et pour ce qui intéresse notre propos, ce en quoi consistaient ces grandes sociétés de capitaux par actions créées par la pratique commerciale du XVIII^{ème} siècle. Quant à l'ampleur de la responsabilité des actionnaires, le principe était à l'origine, son caractère illimité⁵³².

Il semble toutefois qu'assez tôt, furent intégrés aux statuts de certaines de ces sociétés des clauses limitant l'obligation des actionnaires de répondre aux appels de fonds⁵³³. Par celles-ci, on limitait l'obligation des actionnaires à contribuer aux pertes dans les rapports internes⁵³⁴. Mais cette protection était en tout état de cause bien relative puisqu'il semble qu'originellement, les actionnaires aient été responsables indéfiniment vis-à-vis des tiers. Ce n'est ainsi que plus tard, à partir de 1780, que se développèrent les clauses statutaires limitant leur responsabilité vis-à-vis des tiers au montant de leur apport⁵³⁵.

⁵²⁶ E. RICHARD, *art. cit.*, n°33.

⁵²⁷ H. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 210 et s.

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 183.

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 199.

⁵³⁰ J. HILAIRE, *op. cit.* p. 206.

⁵³¹ J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 206, dans le même sens *in fine*, H. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 196 et s.

⁵³² H. LEVY-BRUHL, *op. cit.* p. 49.

⁵³³ H. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 238 s.

⁵³⁴ Par ces appels de fonds, la société réclamait aux actionnaires le paiement d'une somme afin d'éponger les pertes qui venaient diminuer son capital, il s'agissait donc bien d'un mécanisme sanctionnant l'obligation aux pertes des associés dans les rapports internes.

⁵³⁵ H. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 242 et s., aussi, E. RICHARD, *art. cit.*, n°32.

203. Une telle pratique était bien entendu *contra legem*⁵³⁶, l'ordonnance de 1673 réservant exclusivement au commanditaire le bénéfice de ce régime, et si certaines de ces sociétés par actions prenaient la dénomination de commandite, cette qualification était contredite par l'inexistence de cette dualité de classes d'associés essentielle à cette forme sociale.

204. Consécration par le Code de commerce – Ce nouveau modèle de société vint néanmoins à convaincre les rédacteurs du projet Gorneau et il reçut sa consécration avec le Code de commerce de 1807 qui, le reproduisant⁵³⁷, donnait naissance à la société anonyme par actions : société « où tout le monde est commanditaire »⁵³⁸, ne comportant qu'une catégorie unique d'associés à la responsabilité limitée au montant de l'apport⁵³⁹, et dont la gestion était confiée à des dirigeants « mandataires » n'agissant pas pour leur compte ni en leur nom et qui par conséquent, n'engageaient pas leur responsabilité personnelle.

Consacrant la pratique en son dernier état d'évolution, le législateur fait des dirigeants les subordonnés de l'assemblée générale des actionnaires, laquelle, « source de tout pouvoir »⁵⁴⁰, ne fait que « déléguer » son pouvoir d'administrer et nomme, contrôle et révoque les administrateurs et directeurs⁵⁴¹.

205. Un privilège exceptionnel conditionné à l'octroi d'une autorisation gouvernementale – Si le législateur se voit incité par les évolutions économiques⁵⁴² à consacrer cette nouvelle forme sociale créée par une pratique *contra legem* où nul n'est personnellement responsable, il reste méfiant vis-à-vis des dangers du système qu'il met en place⁵⁴³, aussi conditionne-t-il la possibilité de création d'une telle société à l'obtention d'une autorisation gouvernementale⁵⁴⁴. L'inexistence de toute responsabilité personnelle inquiète en effet, et ce régime ne pourra ainsi être accordé qu'au terme d'une longue procédure administrative dont l'objet principal est de vérifier que le projet offre bien les

⁵³⁶ E. RICHARD, art. cit. n°32.

⁵³⁷ M. DELANGLE, *op.cit.*, t. II, n°419, p. 2 : « La législation moderne a voulu consacrer les sociétés par actions que l'ancien droit autorisait, mais qu'il ne réglait pas. Leur objet, leur but, leurs effets sont les mêmes ; elles ne diffèrent que par le nom et les conditions d'existence » ; aussi H. LEVY-BRUHL, *op. cit.* p. 49.

⁵³⁸ E. VINCENS, *Exposition raisonnée de la législation commerciale*, Barrois l'ainé 1821, p. 325, en ce sens aussi, TROP LONG, *op. cit.*, p. 432, n°454 : « tout associé anonyme est commanditaire ».

⁵³⁹ Art. 33 du Code de commerce de 1807.

⁵⁴⁰ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 368.

⁵⁴¹ V. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 383 et s., spéc. p. 384.

⁵⁴² V. *infra*, n°50 et s.

⁵⁴³ V. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 21.

⁵⁴⁴ Art. 37 du Code de commerce de 1807.

garanties de sa survie commerciale, et que le capital social constituera un gage suffisant au regard des risques de l'opération projetée⁵⁴⁵.

§2. La rupture définitive du phénomène avec ses justifications primitives

206. Intégré à ce nouveau type de sociétés, le mécanisme de limitation de la responsabilité de l'associé semble pénétrer dans une nouvelle ère.

En effet, la substitution des administrateurs et directeurs salariés aux commandités qu'introduisirent ces sociétés fit, une fois de plus, sensiblement évoluer l'analyse du phénomène. Il semble désormais irrémédiablement exclu que la justification initiale de la limitation de la responsabilité du commanditaire puisse encore expliquer le bénéfice de ce privilège à ce nouveau type de bénéficiaires : ce régime ne semble plus pouvoir trouver ses assises sur un raisonnement fondé sur les principes de droit civil contrairement – du moins en apparence – au régime bénéficiant au commanditaire.

Le régime de limitation de la responsabilité des actionnaires de ces sociétés par actions privées du XVIIIème siècle et de ceux des sociétés anonymes du XIXème, souhaité pour ses vertus économiques, doit bel et bien s'affirmer comme un mécanisme dérogoratoire aux principes essentiels du droit privé (A). La fiction de la personnalité morale de la société, qui s'affirme alors, offre toutefois un moyen de masquer les entorses à ces principes (B).

A. L'insuffisance des principes de droit privé à justifier la limitation de la responsabilité de l'actionnaire

207. Tant que le capitaliste s'associait avec un commandité responsable indéfiniment vis-à-vis des tiers, parce que considéré comme agissant pour son compte, l'analyse primitive – encore que largement affectée par l'évolution du rôle du commanditaire retracée plus haut⁵⁴⁶ – qui consistait à exonérer le premier des dettes au motif qu'il se

⁵⁴⁵ V. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 21 et s.

⁵⁴⁶ V. *supra* Section 1 n° 164 et s.

bornait à financer l'entreprise du second, pouvait toujours valoir théoriquement et constituer une justification admissible à ce régime applicable au capitaliste.

Bien entendu, l'opportunité économique de ce régime était perçue tant par les praticiens que par le législateur⁵⁴⁷ mais elle ne constituait pas sa seule justification ; la protection dont bénéficiait le commanditaire pouvait encore être conciliée avec les grands axiomes de droit privé. Ainsi, il était possible de justifier ce régime par l'idée selon laquelle les dettes sont celles du commandité et que le commanditaire n'en est pas tenu pour la simple raison que ce n'est pas lui qui les fait naître. Il est vrai que l'évolution du rôle et du régime du commanditaire tendait à rendre cette analyse de plus en plus artificielle et illusoire, mais c'est encore à tout le moins un fondement théorique dont il était possible de s'accommoder⁵⁴⁸.

208. L'impossible cohabitation de deux justifications contradictoires – Mais à raisonner sur la base des principes de droit privé, à compter du moment où celui à qui est confiée la gestion de l'entreprise est à son tour exonéré des risques de celle-ci au motif qu'il se borne à représenter les intérêts d'autrui, naît une certaine forme de contradiction difficilement surmontable.

En effet, la justification de l'exonération des dirigeants de la société par action est porteuse du désaveu de la justification de la limitation de responsabilité des financiers : si les premiers sont les préposés d'autrui, n'agissant ni pour leur compte, ni en leur nom, c'est bien a priori en la personne de l'actionnaire – sinon de qui ? – que l'on doit trouver son commettant.

Aussi, aboutit-on nécessairement à une certaine forme de contradiction si l'on prétend dans le même temps exonérer de responsabilité l'agissant au motif qu'il n'est qu'un préposé ou un mandataire, tout en exonérant de responsabilité ceux qu'alors la qualification de préposé des administrateurs et gérants désigne comme commettants ou mandants.

⁵⁴⁷ Ainsi, Savary, instigateur et principal rédacteur de l'ordonnance de 1673 perçoit-il nettement les vertus de la limitation de responsabilité offerte par la commandite aux « Gentilshommes » qui, pour des raisons tenant à leur rang, ne peuvent se livrer personnellement au commerce, mais dont l'épargne est, grâce à ce mécanisme, attirée vers les entreprises favorisant par là le commerce, et par voie de conséquence le public et le Prince; v. J. SAVARY, *op. cit.*, pp. 355-356 s.

⁵⁴⁸ Par un phénomène intellectuel semblable à celui grâce auquel, par exemple, le juriste contemporain s'accommode de l'explication théorique selon laquelle le contrat est le fruit de la volonté des parties, même dans les hypothèses où, *de facto*, une relation de dépendance ou un rapport de puissance particulièrement déséquilibré, dément vigoureusement ce postulat.

B. La fiction de la personnalité morale comme ersatz de justification théorique d'un régime commandé par des considérations de politique économique

209. La résolution apparente de la contradiction par le recours à la personnalité morale – La contradiction relevée peut néanmoins être habilement contournée par le recours à la technique qui consiste à interposer dans le lien unissant les gérants aux actionnaires, la fiction de la personne morale de la société. Par là, on rend compatible l'exonération de responsabilité des gérants fondée sur leur statut de préposé, avec la limitation de la responsabilité des actionnaires : il suffit alors de considérer que les préposés n'agissent pas pour le compte des actionnaires, mais pour celui de la personne juridique de la société. Les actionnaires ne sont ainsi nullement désignés comme commettants des gérants puisque la société personnifiée a endossé ce rôle. Et les dirigeants agissent dès lors bel et bien pour le compte d'autrui.

Par ailleurs, les actionnaires peuvent alors se prévaloir de l'identité de leur situation avec celle des commanditaires, en ce qu'ils peuvent être prétendu qu'ils se bornent à financer l'activité qu'un autre entreprend, cet autre étant ici l'être fictif qu'est la société personnifiée.

En recourant à cette fiction, il devient possible d'aboutir à la solution que si, comme les commanditaires, les actionnaires doivent supporter le risque de perdre ce qu'ils ont investi dans une entreprise qui s'avère infructueuse, on ne saurait les tenir responsables des agissements d'autrui, cet autrui étant ici la personne morale. De ce point de vue, celle-ci remplace alors le commandité et le raisonnement expliquant la limitation de la responsabilité du commanditaire peut être – fictivement – transposé à l'actionnaire.

210. L'idée de personnification de la société que l'on trouve déjà en gestation depuis les compagnies royales et qui, sans être toujours exprimée explicitement, semblait à cette

époque plus ou moins convenue⁵⁴⁹, a pu permettre de concilier une pratique que commandaient les évolutions économiques⁵⁵⁰ de l'ère industrielle balbutiante avec les principes essentiels du droit positif⁵⁵¹.

211. L'émergence de l'idée de personnalité morale des sociétés commerciales a ainsi pu être salutaire en ce qu'elle a permis de libérer le mécanisme de limitation de responsabilité des contraintes inhérentes à ses justifications initiales et des limites qu'imposaient celles-ci puisque, quel que soit l'angle par lequel le problème de l'attribution de la charge de l'échec de l'entreprise est analysé, la personne morale se donne comme responsable désigné par l'application des principes et des fondements les plus solidement assis de notre droit. Les dirigeants peuvent en effet être libérés puisqu'ils n'agissent que pour le compte et au nom d'autrui, tandis que les actionnaires peuvent être déchargés au motif qu'ils ne font que financer l'activité d'autrui. Par le recours à ce tour de bonneteau logique que permet la technique de la personnalité morale, les principes du droit privé parviennent à s'accommoder de cette solution selon laquelle nul n'assumera personnellement la responsabilité d'un échec de l'entreprise.

212. Le maintien inchangé de la situation sous-jacente malgré le détour du raisonnement juridique par la personnalité morale de la société – Il est bien entendu cependant que le rôle du concept de personnalité morale doit être cantonné à un terrain strictement technique : outil de raisonnement juridique, il est au service d'une fin politique donnée et, sauf à se payer de mots, ne peut à lui seul constituer une justification suffisante

⁵⁴⁹ V. E. RICHARD, *op. cit.* ; J. VALÉRY, « Comment s'est formée la théorie de la personnalité morale des sociétés commerciales » in *Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de F. Geny, Aspects historiques et philosophiques*, t. 1, Paris, Sirey, 1934, p.100 et s.

⁵⁵⁰ En effet, les activités engendrées par ces sociétés, mettaient en jeu des montants sans commune mesure avec les capacités contributives d'un individu, de sorte que continuer à désigner une personne physique comme maître de l'entreprise pour mettre à sa charge les conséquences d'un potentiel échec, devenait tout à la fois inefficace pour les créanciers et disproportionné pour l'individu désigné. (v. en ce sens, R. SALEILLES, *art. cit.*, n°35, p. 63).

⁵⁵¹ Cela dit, il est difficile de déterminer avec précision dans quelle mesure l'idée de personnification des sociétés a effectivement justifié le régime de limitation de la responsabilité des actionnaires au moment où celui-ci s'est affirmé. Autant que ce régime lui-même, l'idée de personnification des sociétés par actions privées a émergé par à-coups au long d'une période courant grossièrement de la fin du XVIIIème siècle au début du XIXème (V. not. J. VALÉRY, *art. cit.* ; E. RICHARD, *art. cit.*). Il n'est par conséquent pas exclu que ce soit *a posteriori*, et rétrospectivement, que ce régime fut expliqué par l'idée de personnification, lorsque la question de sa justification théorique fut soulevée. Pour autant, le phénomène de limitation de la responsabilité des actionnaires émerge à la même période que se généralise la conception des sociétés commerciales en tant que personnes juridiques (encore que certains phénomènes de personnifications des entreprises peuvent être relevés à des périodes antérieures : v. notamment E. RICHARD, *art. cit.* ; G. SICARD, *Aux origines des sociétés anonymes. Les moulins de Toulouse au Moyen Âge*, Armand Colin, 1953).

au régime qu'il sert à mettre en œuvre⁵⁵². La limitation de responsabilité des actionnaires ne saurait donc être justifiée par la personnalité morale de la société, mais plutôt par l'objectif politique que ce régime a pour fonction d'atteindre et à la réalisation duquel le concept technique de personnalité morale concourt. Et il serait probablement erroné de croire que les juristes, à une époque où la personnalité morale s'éveillait encore à tâtons, aient été dupes de cette fiction anthropomorphiste⁵⁵³.

213. En dépit de l'apparente sauvegarde de la cohérence des concepts et des axiomes de la science juridique que permet la fiction de la personne morale, les intérêts sociaux en présence dans une situation donnée sont bel et bien arbitrés de manière identique que l'on raisonne en recourant ou non à l'idée de personnalité morale⁵⁵⁴, à moins d'être dupe de l'image que véhicule cette notion. Par voie de conséquence, la contradiction relevée plus haut n'est, sous un angle d'analyse qui dépasse l'approche strictement technique, en rien résolue par le recours à ce concept car la personne morale ne peut être considérée ni comme celui qui agit, ni comme celui qui profite de l'activité.

214. Ainsi, si la personnalité morale a pu être utile à construire une représentation du droit ménageant de prime abord la cohérence du système, elle ne masque qu'en apparence les profondes dérogations qu'apporte le régime de ces sociétés par actions aux principes généraux qui sont aux fondements de notre régime de responsabilité. Les actionnaires sont en effet désormais ceux qui, tout à la fois, profitent de l'activité de laquelle naissent les dettes en même temps qu'ils la dirigent. Les soustraire à ces dettes est une solution qui contredit les fondements de notre système de responsabilité qui structurellement désigne celui qui profite et celui qui choisit, qui exerce son libre arbitre, comme celui qui supportera la charge des risques de l'activité dans laquelle s'inscrit sa décision ou son enrichissement⁵⁵⁵.

Partant, si l'on veut bien cantonner la portée de la fiction de la personnalité morale à ce que sa nature appelle, il convient de constater que le régime de limitation de la

⁵⁵² V. *supra*, Chapitre 1.

⁵⁵³ V. *infra* Sous-Section 2 ; nulle part on ne trouve ce régime justifié, par le législateur ou les commentateurs, par un raisonnement strictement technique fondé sur l'attribution de la dette à la personne morale de la société. Ce raisonnement conceptuel sert à donner du droit positif une présentation synthétique et facilement praticable, mais n'est assurément pas de nature à le justifier.

⁵⁵⁴ V. *supra* Chapitre 1.

⁵⁵⁵ V. *supra* Chapitre 2.

responsabilité qu'offre ces nouvelles sociétés par actions, au contraire des commandites, ne peut plus se fonder sur l'extériorité de ses bénéficiaires vis-à-vis de l'activité qui fit naître les dettes qu'elle neutralise. Si les actionnaires sont donc soustraits à une responsabilité que les principes essentiels de droit privé commanderaient c'est alors, supposons le, à raison d'une nouvelle justification venant primer ces derniers.

Celle-ci réside probablement pour l'essentiel, dans l'utilité économique d'un tel régime, son aptitude à drainer, au profit des entreprises nécessiteuses de financement, l'épargne publique⁵⁵⁶.

215. Conclusion de sous-section – Avec la création de ces sociétés de capitaux composées exclusivement d'actionnaires et leur consécration par le Code de commerce qui institue la société anonyme par action, le régime de limitation de responsabilité entre donc dans une nouvelle ère, au point que l'on peut même être tenté de s'interroger sur l'existence d'une véritable continuité essentielle de ce mécanisme. Celui-ci repose désormais exclusivement sur des considérations de politique économique et se détache presque définitivement de sa justification primitive tirée des principes de droit privé. C'est au contraire à ces derniers qu'il est porté atteinte pour les besoins spécifiques du commerce et de l'industrie. Schématiquement, après une longue période de cohabitation, l'utile est venu remplacer le juste au fondement de ce régime.

Toutefois, en dépit de la modification de la nature des fondements de ce régime, les destinataires originels de celui-ci restent presque inchangés : si les actionnaires sont certes, dans la société anonyme, consacrés maîtres de l'affaire, c'est avant tout leur qualité d'apporteurs de fonds qui justifie initialement leur protection, en guise d'incitation à financer les entreprises industrielles émergentes⁵⁵⁷. La protection de l'entrepreneur n'est pas encore, comme elle le deviendra par la suite, une fin recherchée en soi au début du XIX^{ème} siècle.

⁵⁵⁶ V. *infra* Sous-Section 2.

⁵⁵⁷ D'ailleurs, il n'est possible d'intégrer ce type de sociétés qu'en y apportant des richesses matérielles, l'apport en industrie n'y est pas connu.

Sous-Section 2 - L'émergence de justifications nouvelles et l'extension du champ des bénéficiaires du régime

216. Dans l'esprit du législateur de 1807, la limitation de la responsabilité de l'actionnaire apparaissait comme un sacrifice nécessaire au financement des grandes entreprises de l'ère industrielle. Il entendait, grâce à cette mesure, attirer vers ces entreprises particulières les investisseurs privés (§1). La protection de l'entrepreneur n'était alors nullement envisagée comme une fin souhaitable en soi. Elle ne le devint qu'après que l'extension du champ de cette mesure aux entrepreneurs ordinaires, sans restriction, s'est accidentellement, déjà réalisée en pratique (§2).

§1. La volonté de drainer l'épargne publique vers les grandes entreprises naissantes : objectif de politique économique justifiant les dérogations au droit commun

217. En considération des besoins de financement extraordinaires des grandes entreprises auxquelles la révolution industrielle donnait naissance, fut admise la limitation de responsabilité de l'actionnaire. Malgré les dangers de ce régime dérogatoire bien perçus, sa vocation à drainer l'épargne au profit des grandes entreprises permit sa consécration (A). Il n'avait toutefois vocation à s'appliquer que de manière exceptionnelle, ne bénéficiant qu'aux financiers de ces entreprises de taille jusqu'alors inédite (B).

A. L'affirmation d'un objectif de politique économique assumé

218. La méfiance originelle vis-à-vis d'un régime dangereux... – La société anonyme que consacre le Code de commerce est bel et bien un régime d'exception et ses contemporains semblent en avoir conscience⁵⁵⁸. Aussi, les dérogations apportées par la société anonyme par actions aux principes essentiels de la responsabilité sont reçues avec méfiance voire hostilité par les juristes contemporains à leur introduction⁵⁵⁹. Toutefois la dangerosité du mécanisme est insuffisante à faire obstacle à sa consécration tant la société anonyme est perçue comme un outil nécessaire à l'ère industrielle vers laquelle se dirige l'économie de la nation⁵⁶⁰.

219. ... balayée par l'opportunité économique – En effet, la limitation de la responsabilité de l'ensemble des associés qu'introduit la société anonyme est assurément un facteur « propre à attirer les capitaux vers le monde industriel et commercial qui souffre incontestablement (...) d'une pénurie dans ce domaine aux lendemains de la Révolution »⁵⁶¹, et cette société « permet seule de réunir les capitaux qu'appellent le grand commerce, mais aussi le développement industriel, surtout celle de son infrastructure matérielle (canaux, ponts, etc.) et financière (banques, assurances) en faisant courir aux capitalistes le minimum de risques. »⁵⁶².

C'est donc en contrepartie de ces vertus économiques que les juristes – concepteurs du régime, juges, commentateurs, membres de l'exécutif en charge de son application⁵⁶³ – acceptent de sacrifier les principes de droit commun de la responsabilité.

⁵⁵⁸ V. par exemple FOULD, cité par A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 22 : « Je crois aujourd'hui comme alors que la spéculation doit avoir pour limite et pour garantie la responsabilité individuelle... la garantie que le public trouve dans la responsabilité individuelle n'existe plus dans la société anonyme » et plus généralement A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 21 et s.

⁵⁵⁹ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁶⁰ V. en ce sens, A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 49-50.

⁵⁶¹ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 21-22.

⁵⁶² Ibid.

⁵⁶³ Ainsi, l'exposé des motifs de la loi présente avant tout la société anonyme comme « un moyen efficace de favoriser les grandes entreprises ; d'appeler en France les capitaux étrangers (...) d'ajouter au crédit public et à la masse circulante dans le commerce » (M. RÉGNAUD, *Exposé des motifs*, Procès verbal du 5 septembre 1807, n°VIII).

Les tribunaux remarquent eux aussi que « les sociétés par actions deviennent d'autant plus nécessaires qu'il y a moins de capitaux entre les mains des commerçants » (*Observations des tribunaux de cassation et d'appel des tribunaux et conseils de commerce, etc. sur le projet de Code de Commerce*, Paris, an XI, t. II, p. 347, cité par A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 22) et qu'il serait, par voie de conséquence, « utile de les encourager » (*Observations des tribunaux de cassation*

220. Un régime d'exception – Mais ce sacrifice n'a pour autant nullement vocation à être généralisé et, dans les esprits des juristes et du législateur qui reprend le modèle des vastes compagnies coloniales et des colossales sociétés par actions privées du XVIII^{ème} siècle, c'est bien « pour des spéculations vastes (...) qui n'auraient pas lieu sans l'admission de ce genre de sociétés »⁵⁶⁴ que ce régime est créé. Aussi doit-il être, aux yeux du législateur, « propre aux banques publiques, aux exploitations de mines, de canaux, aux assurances maritimes, etc. ; grandes entreprises qu'il importe d'encourager »⁵⁶⁵. Il n'est à cette époque nullement question de faire bénéficier de ce régime n'importe quel participant à n'importe quelle entreprise commerciale et c'est aux « grandes entreprises » que l'ère industrielle fait naître que les concepteurs de la loi adressent ce régime⁵⁶⁶.

Quelle fortune privée peut en effet « suffire à fonder des banques publiques, à creuser des canaux, construire des voies de fer, assurer contre la tempête les navires consacrés aux spéculations maritimes ? » s'interroge par exemple Delangle pour justifier le régime⁵⁶⁷. Assurément aucune, et les nouvelles entreprises de l'ère industrielle rendent ainsi cette puissante mécanique à drainer les capitaux nécessaire⁵⁶⁸. Pour autant, sa *ratio legis* commande un cantonnement de son domaine à ces grandes entreprises qui seules semblent avoir besoin des vertus de la société anonyme.

221. Ainsi, la société anonyme est-elle perçue à l'époque de son introduction en droit positif comme « un mal nécessaire, une institution dont on ne peut déjà plus se passer, mais qu'il faut absolument cantonner dans ces vastes entreprises... nécessitant des moyens

et d'appel des tribunaux et conseils de commerce, etc. sur le projet de Code de Commerce, Paris, an XI, t. II, p. 347, cité par A. LEFEBVRE-TEILLARD, op. cit., p. 22).

Tandis que l'exécutif souligne la particularité de ce type de sociétés, « spécialement fait pour des spéculations vastes (...) qui n'auraient pas lieu sans l'admission de ce genre de sociétés » qui est « propre aux banques publiques, aux exploitations de mines, de canaux, aux assurances maritimes, etc. ; grandes entreprises qu'il importe d'encourager » (Instruction ministérielle du 22 octobre 1817, cité par A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 22). La doctrine enfin en fait une présentation similaire (v. DELANGLE, *op. cit.*, t. II, p. 12 et s., n°430 et s. ; J.-G. LOCRE, *Esprit du Code de commerce*, 2^e édition, t. 2, J.-B. Garnery libraire 1829, p. 138 et s.). La société anonyme par actions est ainsi perçue comme l'outil qui permettra de financer les grandes entreprises que l'ère industrielle fait naître. Les dérogations aux principes de la responsabilité sont à ce prix.

⁵⁶⁴ Instruction ministérielle du 22 octobre 1817, cité par A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁶⁵ Ibid.

⁵⁶⁶ V. REGNAUD, Exposé des motifs, Procès verbal du 5 septembre 1807, n°VIII.

⁵⁶⁷ DELANGLE, *op. cit.*, t. II, p. 3, n°420.

⁵⁶⁸ V. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd. 1951 LGDJ, n°37 et s.

suffisants que ne voudraient pas hasarder quelques particuliers »⁵⁶⁹ et n'a nullement vocation à « faciliter un commerce ordinaire de draps ou de fers »⁵⁷⁰.

D'ailleurs le législateur reste fort attaché aux principes de responsabilité qu'il n'accepte ici de sacrifier qu'à titre éminemment exceptionnel⁵⁷¹.

B. Le cantonnement effectif de ce régime à des hypothèses exceptionnelles

222. La contraignante procédure d'autorisation gouvernementale pour premier filtre – Toutefois, à elle seule, la lettre du code de 1807 semble de prime abord insuffisante à cantonner le champ d'application du régime à ce que sa raison d'être appelle. Aussi, c'est la procédure d'autorisation gouvernementale nécessaire pour l'accès à ce régime⁵⁷² qui constituera, en fait, le principal gardien de l'esprit de cette forme nouvelle. Par sa seule existence d'une part, en ce que, longue et laborieuse, elle dissuadera d'opter pour ce régime ceux qui n'en ont pas la nécessité ; par la politique jurisprudentielle qu'adoptera le Conseil d'État d'autre part, en ce qu'il se fera le porte voix de l'esprit du régime en n'accordant son bénéfice qu'aux grandes entreprises industrielles nécessiteuses de capitaux colossaux.

223. La pesanteur des formalités nécessaires à la constitution – mais aussi au fonctionnement⁵⁷³ – de ce type de sociétés, et particulièrement l'exigence d'autorisation gouvernementales préalable⁵⁷⁴ à toute constitution, pouvait probablement suffire à elle seule, à dissuader de prétendre à cette forme sociale ceux dont le projet commercial ne l'exigeait pas, tant la procédure était « lente, lourde et coûteuse »⁵⁷⁵. C'étaient en effet trois instances⁵⁷⁶ qui y prenaient successivement part et elle impliquait avis, enquêtes et expertises portant notamment sur la moralité des fondateurs, le contenu des statuts ou la

⁵⁶⁹ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 49-50.

⁵⁷⁰ DELANGLE, *op. cit.*, t. II, p. 12, n°431.

⁵⁷¹ Aussi, les rédacteurs de la loi qui limitent pourtant la responsabilité de l'actionnaire tout en l'instituant maître de l'entreprise, rappellent avec vigueur combien il est nécessaire de faire défense au « commanditaire » de s'immiscer dans la gestion de la société car « il est juste que chacun soit responsable de ses actions » (P.-J. GORNEAU, P. LEGRAS et VITAL-ROUX, *Révision du projet de Code de Commerce, précédée de l'analyse raisonnée des observations du tribunal de cassation, des tribunaux et conseils de commerce*, Paris, Imprimerie de la république, an IX, p. 22-23).

⁵⁷² Sur laquelle, v. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 25 et s.

⁵⁷³ L'autorisation gouvernementale était requise non seulement pour la constitution mais aussi pour toute modification de la société, elle pouvait en outre lui être retirée en cours de vie sociale, v. par exemple R. TROPLONG, *op. cit.*, p. 442 et s.

⁵⁷⁴ Art. 37 du Code de Commerce de 1807.

⁵⁷⁵ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 421.

viabilité économique du projet envisagé⁵⁷⁷. En moyenne, douze à dix-huit mois étaient ainsi nécessaires au prononcé d'une décision⁵⁷⁸ et dans l'hypothèse où l'autorisation était consentie, elle pouvait être retirée à tout moment⁵⁷⁹ en considération de l'état de situation que la société devait, tout au long de son existence, faire parvenir au préfet deux fois par an⁵⁸⁰.

Ces contraintes administratives constituaient probablement, par leur existence même, une sorte de premier filtre apte à empêcher la société anonyme de concurrencer les formes sociales préexistantes en détournant de ce régime ceux dont le projet aurait pu s'accommoder d'une forme sociale de droit commun. Seuls ceux pour lesquels la société anonyme était une nécessité se lançaient dans cette hasardeuse aventure administrative et il est probable que seules les entreprises d'une certaine ampleur permettaient que soit sacrifié tant de temps et d'argent à la constitution de la société.

224. La politique restrictive du Conseil d'État – Mais la pesanteur de la procédure n'était pas le seul gardien de l'esprit de la société anonyme : le Conseil d'État mena sans relâche une politique consistant à refuser l'accès à ce régime aux entreprises ordinaires, pour lesquelles cette forme n'était « nullement nécessaire »⁵⁸¹ pour ne l'accorder qu'aux projets qui offraient l'espoir de donner naissance à une grande société de capitaux⁵⁸². Cette politique était, remarque M^{me} Lefebvre-Teillard, « tout à fait dans la ligne fixée par les auteurs du système de l'autorisation pour qui la société anonyme est faite pour les grandes entreprises d'utilité publique en quelque sorte, “qu'il importe d'encourager” »⁵⁸³.

On trouve ainsi par exemple affirmée de manière assez explicite cette politique jurisprudentielle dans une décision de 1825 : « le gouvernement doit réserver le privilège des SA pour les sociétés commerciales qui ont pour objet de former des établissements d'utilité publique ou d'appeler le concours de capitaux importants »⁵⁸⁴.

Ainsi, le conseil d'État réserve-t-il, par sa jurisprudence, l'accès à ces « sociétés exorbitantes du droit commun » aux « entreprises extraordinaires, qui ont presque un caractère “d'utilité publique” »⁵⁸⁵, conformément aux idées de l'époque et à l'esprit dans lequel la société anonyme fut conçue.

⁵⁷⁶ La préfecture, le ministère et le Conseil d'État, v. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 21 et s.

⁵⁷⁷ Sur le déroulement précis de cette procédure, v. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 21 et s.

⁵⁷⁸ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁷⁹ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 40.

⁵⁸⁰ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 52.

⁵⁸¹ V. par exemple les mots de l'inspecteur général des mines BROCHANT DE VILLIERS (AN F14, 8229) cité par A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁸² A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 429-430.

⁵⁸³ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 40.

⁵⁸⁴ Rapporté par A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁸⁵ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 60-61.

225. Ainsi, du fait d'une part de l'existence de cette lourde procédure, et d'autre part, de la politique du Conseil d'État qui suppléa les lacunes du Code en en faisant respecter l'esprit que la lettre ne servait pas, ce modèle social parvint au début du XIX^{ème} siècle à être cantonné aux entreprises qui exigeaient ce « mal nécessaire »⁵⁸⁶. Le sacrifice des principes de droit privé qu'implique la société anonyme conserva par conséquent dans les faits, la nature qu'entendait lui donner le législateur, de société extraordinaire. Aussi, en près de soixante ans – période courant de l'entrée en vigueur du Code de commerce aux lois sur les sociétés commerciales de 1867 – seules six cent cinquante et une sociétés anonymes tout au plus⁵⁸⁷ auraient vu le jour, elles étaient concentrées dans les secteurs d'activités aux besoins de financement colossaux qui nécessitaient bel et bien ce « merveilleux instrument créé par le capitalisme moderne pour collecter l'épargne »⁵⁸⁸, au titre desquels on trouve, pour les principaux, l'assurance, les travaux publics, les transports, les mines et la métallurgie⁵⁸⁹.

226. Ce régime dangereux mais nécessaire n'avait donc à ses débuts, nullement vocation à être généralisé, et « nul ne pouvait prévoir le développement considérable des sociétés anonymes et l'importance que prendraient des règles formulées pour une poignée de sociétés »⁵⁹⁰ par la suite. Pourtant, à partir de 1867, la société anonyme va perdre son caractère extraordinaire pour être utilisé comme société « de droit commun », pour des entreprises tout à fait banales ne supposant pas de mise en capitaux particulièrement élevée. Faisant perdre à la société anonyme sa caractéristique essentielle de conglomérat de capitaux, cette pratique fit naître une nouvelle justification de la responsabilité de l'associé.

§2. De l'actionnaire financier à l'actionnaire entrepreneur – L'émergence d'une justification nouvelle

227. **La transformation de la société anonyme en une structure de droit commun par l'abandon de la procédure d'autorisation gouvernementale** – Il résulte de ce qui précède que la société anonyme devait à la procédure d'autorisation gouvernementale la

⁵⁸⁶ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁸⁷ A. LEFEBVRE-TEILLARD aboutit à ce chiffre mais fait état d'autres travaux qui tous parviennent à des résultats inférieurs ; v. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 64-65.

⁵⁸⁸ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1951, n°46.

⁵⁸⁹ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁹⁰ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 6.

conformité de son utilisation pratique à l'esprit et aux objectifs qui présidèrent à son admission.

C'est par voie de conséquence tout naturellement que cette forme sociale perdra son caractère exceptionnel lorsque le législateur décida, en 1863 pour les sociétés au capital inférieur à vingt millions de francs, puis en 1867 pour l'ensemble des sociétés, de libéraliser la constitution des sociétés anonymes en supprimant l'exigence d'autorisation gouvernementale⁵⁹¹. S'ensuit logiquement une utilisation inédite de la SA dans le cadre d'entreprises modestes aux besoins de financements assez banals⁵⁹² et au sein desquelles les actionnaires étaient finalement bien moins des apporteurs de fonds que de véritables entrepreneurs traditionnels. Une telle pratique éloigna cette forme sociale de sa nature originelle « d'association de capitaux⁵⁹³ ». La limitation de la responsabilité de l'ensemble des participants exerçait assurément un certain attrait, et rien désormais, sinon peut-être le poids – nettement amoindri cependant – des formalités de constitution, n'empêchait quiconque de constituer une SA. Aussi, entre 1800 et 1895, cinq cent sociétés anonymes se constituèrent en moyenne chaque année⁵⁹⁴, soit presque autant tous les ans qu'en soixante ans sous l'empire de l'ancienne réglementation⁵⁹⁵.

228. La banalisation de la limitation de responsabilité pour effet collatéral – Pourtant, cette extension du domaine de la société anonyme aux sociétés modestes, et partant, l'extension du champ de ses bénéficiaires, était loin d'être le véritable objectif du législateur lorsqu'il supprima l'exigence d'autorisation gouvernementale préalable. Il s'agissait essentiellement plutôt de mettre un terme au frein à l'économie qu'impliquaient les lenteurs et les coûts de l'ancien système⁵⁹⁶ ; et plus généralement de se conformer aux idées libérales dominantes qui commandaient l'éloignement de la puissance publique de la sphère économique⁵⁹⁷ ; le caractère effectif de la protection qu'offrait ce système d'autorisation préalable étant, de plus, largement mis en doute en doctrine⁵⁹⁸. En effet,

⁵⁹¹ V. J. HILAIRE, *op. cit.* p. 226 et s. ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 419 et s.

⁵⁹² J. HILAIRE, *op. cit.*, n°147, p. 236.

⁵⁹³ H.-F. RIVIERE, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, Maresq Ainé Editeur, 1868, p. 203, n°171.

⁵⁹⁴ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 445.

⁵⁹⁵ Comp. avec *supra* n°57.

⁵⁹⁶ V. A. MATHIEU et A. BOURGUIGNAT, *Commentaire de la loi sur les sociétés des 24-29 juillet 1867*, LGDJ 1868, not. p. 141 et s. , A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 421.

⁵⁹⁷ En ce sens, not., J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 230 ou A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 60.

⁵⁹⁸ C. DUCOULOUX-FAVARD, « L'histoire des grandes sociétés en Allemagne, en France et en Italie », *Revue internationale de droit comparé*, 1992, n° 4, pp. 849-881, spéc. p. 858.

progressivement, « l'intervention de l'autorité publique n'a plus été envisagée de la même manière ; on a paru moins touché des garanties qu'elle offrait que des obstacles et des lenteurs qu'elle faisait naître »⁵⁹⁹. Enfin, la suppression de cette exigence a pu être commandée par la concurrence qu'exerçaient les sociétés à risque limité anglaises dont la constitution venait d'être libéralisée et qui, depuis peu, pouvaient librement exercer leur activité en France. Les entreprises françaises se trouvant alors désavantagées par l'effet des rigidités de leur législation nationale⁶⁰⁰.

229. Une consécration accidentelle – Pour le législateur qui s'apprêtait à libéraliser la constitution, comme pour les commentateurs de la loi, les entreprises destinataires du régime de la SA devaient rester les mêmes et, par voie de conséquences, les caractéristiques de l'actionnaire bénéficiant de la limitation de responsabilité inaltérées⁶⁰¹. L'extension du domaine de la SA aux entreprises de petite envergure n'apparaît nullement sous la plume des juristes de l'époque comme un objectif recherché par le législateur au moment de la libéralisation⁶⁰². Il s'agira davantage d'un effet collatéral de celle-ci. Ainsi, l'admission de « l'anonymat libre »⁶⁰³ en 1863 et 1867, met un terme de manière quasi accidentelle au « caractère exceptionnel, extraordinaire de la société anonyme »⁶⁰⁴ qui devient une « société normale »⁶⁰⁵, « une forme de société parmi d'autre »⁶⁰⁶. La doctrine va alors progressivement ramener la société anonyme au droit commun des sociétés⁶⁰⁷ tandis qu'émergent ces petites sociétés anonymes dont l'esprit est bien éloigné des grandes compagnies royales à brevet et des premières sociétés par actions privées dont elles partagent pourtant le régime. Le processus de normalisation de la SA va naturellement de pair avec celui de sa caractéristique première : la limitation de la responsabilité de ses associés⁶⁰⁸.

⁵⁹⁹ H.-F. RIVIERE, Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, Maresq Ainé Editeur, 1868, p. 8 n°3.

⁶⁰⁰ V. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 420 et s. ; J. HILAIRE, *op. cit.* p. 228, n°142.

⁶⁰¹ V. par exemple, A. MATHIEU et A. BOURGUIGNAT, *op. cit.* not. p. 142, qui expliquent la suppression de l'exigence d'autorisation par l'entrave que celle-ci apporte à « la grande industrie ».

⁶⁰² V. par exemple : A. POTIER DE COURCY Les Sociétés Anonymes. Examen de la loi du 24 Juillet 1867, Paris, 1869 ; A. VAVASSEUR, Une réforme urgente : liberté des sociétés par actions, Paris, 1861.

⁶⁰³ Formule couramment employée à l'époque pour viser la suppression de l'exigence d'autorisation préalable, v. not. J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 234, n°146.

⁶⁰⁴ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 445.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 446.

⁶⁰⁸ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 445.

230. Cette dernière peut désormais profiter au plus commun des entrepreneurs, et s'introduit alors dans les mœurs comme une mesure ordinaire, à la disposition de n'importe quel commerçant ou presque. Certes, l'exigence de sept associés au moins⁶⁰⁹ et celle d'un montant minimal de capital social ainsi que la relative pesanteur des formalités de constitution et de la législation encore relativement stricte⁶¹⁰, pouvaient constituer un filtre *a minima*, mais il était insuffisant à empêcher la SA de devenir une société quelconque, et la limitation de la responsabilité de l'associé une mesure banale.

C'est cette pratique de la société anonyme presque comme société de personne, pour des entreprises modestes par le nombre d'associés, l'objet ou les moyens, qui conduisit à l'admission progressive de l'idée selon laquelle il est juste, puisqu'il est de droit positif⁶¹¹, que les entrepreneurs, « négociants et industriels »⁶¹² puissent, du seul fait de cette qualité, bénéficier de la limitation de leur responsabilité. Une fois de plus, la pratique, permise par accident, insuffla, par le truchement de l'évolution de l'opinion commune, la volonté politique.

231. La consécration législative de « la limitation de responsabilité pour tous » – Plus tard, par la loi du 7 mars 1925⁶¹³, le législateur vint finalement consacrer définitivement cette évolution en instituant la SARL, modèle social destiné aux petites et moyennes entreprises copiant la *GmbH* allemande⁶¹⁴ qui avait connu un grand succès dans les territoires occupés d'Alsace-Lorraine⁶¹⁵ et qui combinait la souplesse des sociétés de personnes à la protection de l'associé qu'offrait la SA. Les destinataires de la limitation de la responsabilité que cette nouvelle forme sociale établissait étaient ainsi pour la première fois, ceux qui s'associaient en vue de l'exercice d'une activité commerciale sans autre particularité. Nul besoin d'ailleurs aujourd'hui d'apporter des richesses à l'entreprise pour bénéficier de ce régime⁶¹⁶. Ce n'est plus la vertu incitatrice à l'investissement de cette

⁶⁰⁹ Cette règle était toutefois facilement contournable par l'association des maîtres de l'affaire avec quelques associés à la participation dérisoire, plus ou moins de complaisance.

⁶¹⁰ Par exemple, une responsabilité pénale encourue par les fondateurs ; v. en ce sens notamment A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 440 et s.

⁶¹¹ Sur l'influence du droit positif sur le sentiment de justice, v. not. N. MOLFESSIS, « La perception commune du droit », in *Regards sur le Droit*, dir. F. TERRÉ, LGDJ 2010, pp. 63-75, spéc. p. 67, n°8 et les références citées.

⁶¹² Présentation de la loi du 7 mars 1925, §2, *D.H.* 1925, p. 169.

⁶¹³ JORF du 8 mars 1925 p. 2382.

⁶¹⁴ La *GmbH* est instituée en Allemagne par une loi du 29 avril 1892.

⁶¹⁵ Y. CHAPUT, *La société à responsabilité limitée*, Dalloz, 1994.

⁶¹⁶ En effet l'apporteur en industrie est désormais admis au rang d'associé de cette société depuis la loi NRE (n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, article 124, al.

mesure qui la justifie. Le simple fait de s'engager dans l'exercice d'une activité commerciale, quelle qu'elle soit et à quelque titre que ce soit – entrepreneur ou simple financier –, justifiant désormais dans l'esprit du législateur une protection dérogatoire au droit commun car celle-ci, par sa vocation à inciter à l'exercice du commerce, pouvait « donner un magnifique essor à la reprise de la vie économique du pays »⁶¹⁷.

Alors émergea cette nouvelle justification de ce régime, plus que jamais actuelle puisqu'elle inspira de nombreuses formes sociales qui virent le jour depuis⁶¹⁸, qui tend à en faire une mesure d'incitation de l'entrepreneuriat, venant rejoindre celle qui – elle aussi extraite de la pratique – tient à l'aptitude de ce mécanisme à drainer l'épargne vers les entreprises nécessiteuses de financement.

Conclusion de section

232. Au sein de la société en commandite, la limitation de la responsabilité de l'associé commence à s'affirmer comme mécanisme autonome. Si ses vertus économiques sont très tôt perçues par le législateur, les praticiens et les juristes, elles ne constituent pas sa justification essentielle car le mécanisme peut alors encore reposer sur l'application des principes de droit privé.

Avec la pratique des sociétés de capitaux du XVIII^{ème} siècle et la société anonyme qui en est la consécration légale, les fondements de la limitation de la responsabilité mutent pour ne plus reposer que sur des considérations d'opportunité économique et se détachent des principes du droit civil avec lesquels la limitation de responsabilité de l'actionnaire entre alors en contradiction. Les dérogations aux principes essentiels de droit civil sont assumées et ces derniers sont sacrifiés sur l'autel de la performance économique.

2). Le principe fut par la suite étendu à la SAS (art. L 227-1 al. 4 du Code de commerce, introduit par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, LME).

⁶¹⁷ Proposition de loi du 23 janvier 1920 tendant à autoriser le commerce à risque limité, avec association du travail et du capital, *doc. ann.* 229, cité en présentation de la loi 7 mars 1925, *D.H.* 1925, p. 169.

⁶¹⁸ Principalement la SAS en 1994 (qui peut désormais être unipersonnelle), ou l'EURL en 1985, SARL à associé unique. On pourrait aussi mentionner la création de l'EIRL, mécanisme de limitation

Originellement justifiées par la nécessité de répondre aux besoins de capitaux d'ampleur inédite qu'étaient ceux des entreprises de l'ère industrielle, ces dérogations pourront par la suite être admises du seul fait que, favorables aux entrepreneurs, elles peuvent inciter à l'exercice du commerce et par là servir au développement économique de la nation. Cette dernière justification du mécanisme vient consacrer *a posteriori* une pratique contraire à l'esprit originel de la SA et entraîne une extension considérable du champ de ses bénéficiaires, lequel embrasse désormais presque tous ceux qui décident de se livrer à une activité économique, tandis que le régime n'était originellement qu'une mesure d'exception, un régime extraordinaire destiné aux entreprises d'ampleur extraordinaire.

233. Le phénomène le plus marquant de cette évolution, dont on ne peut s'empêcher de noter la récurrence en considération de l'évolution globale du mécanisme de limitation de la responsabilité, est le caractère accidentel de chacune de ces mutations.

Il semble ainsi possible de qualifier de défaillance technique l'événement qui donne naissance à la pratique de la SA comme une société de personne entraînant la création d'une nouvelle justification du mécanisme de limitation de responsabilité. En effet, dans la mesure où cette extension du domaine de la SA semble contraire à l'esprit du code qui façonna l'institution et qu'elle ne fut pas plus souhaitée par le législateur de 1867, mais qu'elle ne constitue bien plutôt qu'un simple effet collatéral, une conséquence non souhaitée et probablement non prévue de la modification d'un aspect du droit qui avait un tout autre objectif (la suppression de l'autorisation gouvernementale pour supprimer les lenteurs et les coûts qu'elle impliquait), il paraît possible de considérer la modification structurelle du droit qui en est résulté comme procédant d'une défaillance de la réalisation technique d'un objectif politique.

Pourtant, une fois de plus, la pratique originellement contraire à l'esprit de l'institution se verra finalement consacrée et élargie par le législateur près d'un siècle plus tard lorsqu'il créa la SARL : le temps pour cette idée selon laquelle tout commerçant mérite de voir sa responsabilité limitée, d'intégrer progressivement les

de la responsabilité de l'entrepreneur, aux seuls biens qu'il a affecté à l'exercice de son activité et qui s'est affranchi des concepts de société et de personne morale.

mœurs et, pour paraphraser Nietzsche, de s'imbiber progressivement si bien de raison qu'il devient incroyable qu'elle ait pu tirer son origine de la déraison ⁶¹⁹.

Conclusion de chapitre

234. Le regard posé sur cette longue généalogie paraît nécessaire pour prendre conscience du processus dont est issu le mécanisme de limitation de responsabilité tel qu'il est connu du droit positif. C'est avant tout l'idée d'errance qui paraît la plus adaptée pour en rendre compte.

Le régime semble avoir été façonné en dehors de toute volonté politique, de tout esprit de système et de vision d'ensemble et paraît le fruit d'une myriade d'évolutions mineures aux conséquences imprévues⁶²⁰.

L'exposé de cette généalogie a permis de mettre en évidence le sens d'une évolution, contraire à celui que l'on pourrait spontanément se figurer : au rebours de ce que l'on aurait pu croire de prime abord, la limitation de la responsabilité de l'associé ne s'est pas affirmée par l'octroi du bénéfice de ce régime à un associé ; elle résulte de ce qu'un financier non tenu aux dettes d'une entreprise parce qu'étranger à elle, vint un jour à être qualifié d'associé.

235. Quel jugement est-il possible de porter sur un tel processus ? Assurément, la limitation de responsabilité de l'associé n'est sans doute pas le seul phénomène de droit positif qui doit son façonnement à un processus sinueux, chaotique et désordonné.

⁶¹⁹ « Toutes les choses qui durent longtemps s'imbibent progressivement si bien de raison qu'il devient incroyable qu'elles aient pu tirer leur origine de la déraison. » F. NIETZSCHE, *Aurore*, trad. J. HERVIER, Gallimard, coll. Idées, p.25.

⁶²⁰ Il est tentant de paraphraser ici P. MANENT qui, à propos de l'élargissement de l'Union Européenne par l'intégration de nouveaux membres, décrivait un phénomène d'inertie qui rappelle singulièrement l'évolution dont procède l'extension du champ d'application du régime de limitation de responsabilité : « Nous ne le savions pas encore, mais la question avait basculé. Désormais, ce ne serait plus : pourquoi ? Ce serait : pourquoi pas ? Et elle ne serait plus posée par les fondateurs de l'association mais par les candidats. (...) À la fin, fatigués d'une résistance dont ils ne voyaient plus le sens et qui d'ailleurs n'en avait plus, les membres patentés ouvrirent la porte à deux battants et tout le monde entra, ou s'apprête à entrer. Personne, bien sur, n'est satisfait (...) et chacun sait que l'issue que l'on célèbre n'a été au fond voulue par personne, mais produite par un mécanisme que nul ne gouvernait. » (*La raison des nations*, Gallimard 2006, p. 62).

La mise en lumière de ce processus, marqué par le caractère accidentel des segments qui le composent peut néanmoins inciter à s'interroger sur le bien fondé du mécanisme qui en est le produit, dès lors qu'il apparaît que celui-ci doit son existence en grande partie au hasard, aux errements conceptuels et aux erreurs techniques. Il en ressort en effet que ce mécanisme n'a finalement jamais été choisi pour lui même ; le législateur ou le jurisconsulte n'intervenant, tout au plus, que pour consacrer une pratique déjà existante à laquelle le temps avait pu conférer une certaine légitimité mais vis-à-vis de laquelle il était de prime abord opposé⁶²¹. En résulte une naturelle circonspection vis-à-vis de la légitimité d'un tel mécanisme.

⁶²¹ V. sur le caractère pernicieux de la tentation de consacrer automatiquement en droit les pratiques sociales, C. ATIAS et D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, chron. p. 251 et s.

CHAPITRE 2 - LES JUSTIFICATIONS MODERNES DU MECANISME DE LIMITATION DE RESPONSABILITE DES ASSOCIES

« Vous n'allez tout de même pas croire, camarades, que nous, les cochons, agissons par égoïsme, que nous nous attribuons des privilèges. En fait, beaucoup d'entre nous détestent le lait et les pommes. C'est mon propre cas. Si nous nous les approprions, c'est dans le souci de notre santé (...). La direction et l'organisation de cette ferme reposent entièrement sur nous. De jour et de nuit nous veillons à votre bien. Et c'est pour votre bien que nous buvons ce lait et mangeons ces pommes. Savez-vous ce qu'il adviendrait si nous les cochons devions faillir à notre devoir ? Jones reviendrait ! Oui Jones ! Assurément camarades – s'exclama Brille-Babil, sur un ton presque suppliant, et il se balançait de côté et d'autre, fouettant l'air de sa queue –, assurément il n'y en a pas un seul parmi vous qui désire le retour de Jones ? »

S'il était en effet quelque chose dont tous les animaux ne voulaient à aucun prix, c'était bien le retour de Jones. Quand on leur présentait les choses sous ce jour, ils n'avaient rien à redire. L'importance de maintenir les cochons en bonne forme s'imposait donc à l'évidence. Aussi fut-il admis sans plus de discussion que le lait et les pommes tombées dans l'herbe (...) seraient prérogative des cochons. »

G. ORWELL, *La ferme des animaux*⁶²²

236. A l'époque de la modernité⁶²³ – si ce n'est déjà à celle de la postmodernité⁶²⁴ – le droit des sociétés est fréquemment décrit comme traversant une période de profondes mutations et de crises⁶²⁵. Le « pragmatisme économique », la recherche de l'efficacité et de l'efficacité économique, peut assez vraisemblablement constituer le pivot de cette évolution. Ce pragmatisme se caractérise d'une part par le peu d'importance attaché à la cohérence du système de droit, des théories et des concepts, et d'autre part par la primauté donnée aux objectifs strictement économiques, l'instrumentalisation du droit au service de l'économie (Section 1). C'est dans cette perspective que peut s'expliquer le régime de

⁶²² 1945, trad. J. QUEVIN éd. Folio Gallimard 1981, p. 42-43.

⁶²³ V. C. HANNOUN, « Le droit des sociétés à l'épreuve de la modernité », Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit, Lexis-Nexis 2009, p. 309 et s. ; F. TEFFO, L'influence des objectifs gouvernementaux sur l'évolution du droit des sociétés, préf. C. HANNOUN, Dalloz 2014, spéc. n°109-110 p. 43 ; B. OPPETIT, Droit et modernité, PUF 1998.

⁶²⁴ A. COURET « Le droit des sociétés, un droit post moderne » *BJS* 2015, p. 213 et s.

⁶²⁵ C. HANNOUN, *art. cit.* spéc. p. 309 ; J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP G*, 1984, I, 3148, spéc. n°13.

faveur dont profitent les associés de SSPRL : le bénéfice de limitation de responsabilité qui leur est accordé étant supposé bénéficiaire *in fine* à l'économie nationale et partant profiter à l'intérêt général (Section 2).

Section 1 - Les transformations du droit des sociétés : un outil au service de la croissance

237. À l'heure où la croissance économique tend à se hisser au rang des objectifs les plus impérieux de gouvernance de nos démocraties occidentales contemporaines, pour les bienfaits qui sont supposés en découler pour le bien commun (Sous-section 2), le droit en général et le droit des sociétés en particuliers subissent de profondes mutations tenant à leur appréhension en tant qu'outil devant servir cette finalité. À suivre l'analyse menée déjà par de nombreux auteurs, le droit moderne se caractériserait par cette tendance à une instrumentalisation au service de la performance économique de la norme juridique, source de nombreuses et profondes mutations du système juridique (Sous-section 1).

Sous-section 1 - Le constat d'une instrumentalisation du droit des sociétés

238. **Un mouvement général du droit contemporain** – En 1937 déjà, Josserand annonçait l'avènement d'un « ordre juridique nouveau » : fort du constat de ce que MM. Dumouchel et Dupuy ont plus tard appelé « l'inondation du monde par la rationalité marchande »⁶²⁶, Josserand remarquait qu'était révolue l'époque où le droit pouvait se définir naïvement comme « *ars boni et aequi* »⁶²⁷ : l'époque où « lorsqu'une institution,

⁶²⁶ P. DUMOUCHEL et J. P. DUPUY, *Le sacrifice et l'envie, le libéralisme aux prises avec la justice sociale*, Calman Levy, 1992 p. 9, cité par G. FARJAT, « La notion de droit économique », *art. cit.*, p. 29. Rappr. G. FARJAT, Communication au colloque sur le contrôle de la matière économique par les Cours suprêmes organisé le 25 janv. 2010, (cité par G. J. MARTIN, « Le droit économique aujourd'hui », *D.* 2010, p. 1436, spéc. p. 1437) : « le système économique est devenu un système social dominant qui a très largement supplanté les systèmes politiques et religieux ». V. aussi, S. FOUICART, *Des marchés et des dieux. Quand l'économie devient religion* Grasset 2018.

⁶²⁷ L. JOSSERAND, « Un ordre juridique nouveau », *D.* 1937, chron. 41, spéc. p. 42.

une combinaison juridique quelconque choquait la morale, son sort était scellé, alors même qu'elle aurait présenté par ailleurs, et si on l'envisageait sur le plan économique, des avantages évidents »⁶²⁸.

Au contraire, l'ordre juridique dont il annonçait l'avènement est essentiellement un « ordre économique, financier et fiscal »⁶²⁹, que caractérise une tendance à l'« amoralisation ». « Plutôt que la science du juste et de l'injuste » le droit tend à devenir, annonçait donc Josserand, le « code de la richesse et des phénomènes économiques »⁶³⁰.

239. Le droit outil de performance économique – Nombreux sont les auteurs à avoir décrit depuis, la tendance à une instrumentalisation du droit, essentiellement dans les matières entretenant un lien étroit avec la sphère économique à l'instar du droit des sociétés, et sa relégation au rang de simple outil au service de l'efficacité ou du progrès économique. Les normes juridiques – y compris celles de droit privé – sont aujourd'hui couramment modelées et évaluées en fonction de leur incidence économique⁶³¹, ce qui peut conduire par exemple la Banque Mondiale à qualifier le Code civil de « frein au développement économique et à l'investissement étranger »⁶³². Ce sont d'une part la logique juridique et d'autre part les valeurs morales – ou la recherche du juste équilibre –, qui sont les victimes directes de cette évolution, sacrifiées sur l'autel de la quête de l'efficacité économique.

240. Confirmant l'analyse de Josserand, Bruno Oppetit observait dans la pénétrante étude qu'il consacrait aux rapports entre droit et modernité, que cette dernière se

⁶²⁸ *Ibid.* Le constat semble toujours partagé aujourd'hui : rappr. ainsi E. MORIN (France Culture, *La grande table*, le 10 septembre 2019) : « La pensée politique s'est progressivement réduite à l'économie, et l'économie s'est progressivement réduite à une conception (...) néolibérale qui pense que le profit (...) et la richesse vont ruisseler naturellement s'il y a un développement de la croissance ».

⁶²⁹ L. JOSSERAND, *art. cit.*, spéc. p. 41.

⁶³⁰ L. JOSSERAND, *ibid.* ; rappr. P. DUMOUCHEL et J. P. DUPUY, *Le sacrifice et l'envie, le libéralisme aux prises avec la justice sociale*, Calman Levy, 1992 p. 9 : « Nos sociétés industrielles, socialistes ou capitalistes sont des sociétés économiques. L'économie est la forme essentielle du monde moderne, et les problèmes économiques sont nos préoccupations principales » avant de conclure : « Pourtant le vrai sens de la vie est ailleurs. Tous le savent. Tous l'oublient. Pourquoi? ».

⁶³¹ V. not. B. OPPETIT, « Droit et économie », in *APD*, tome 37, « Droit et économie », Sirey 1992, p. 17 et s. ; E. MACKAAY, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste. Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse du droit », *Rev. internat. de droit éco.* 1986, p. 43 et s. Rappr. encore, G. HORSMANS, « Responsabilité limitée et plaisirs sans limites », in *Mélanges Y. Guyon*, *op. cit.* p. 543 et s., spéc. n°19 et s., p. 553 et s.

⁶³² P. SAINT CYR, *L'entreprise face au bicentenaire du code civil*, travaux du CERJDA, vol 5, p. 112 et s., spéc. p. 118.

caractérise par son utilitarisme : « le bien réside dans ce qui est utile à la société, le mal dans ce qui nuit à son développement et à son efficacité »⁶³³. Et que dès lors, imprégné de modernité, le droit contemporain tend essentiellement, remarquait-il, à viser « à la satisfaction d'intérêts matériels immédiats et changeants : les règles sont très généralement instrumentalisées, spécialement dans tout ce qui touche à l'économie, au détriment de leur neutralité (...). Le droit moderne s'engage rarement en faveur de finalités supérieures et permanentes : il ne le fait qu'avec beaucoup de réserves quand il le fait, et très généralement les valeurs esthétiques et morales s'estompent largement derrière les valeurs marchandes »⁶³⁴.

La « substitution d'une régulation économique à une régulation juridique »⁶³⁵ que nombreux auteurs s'accordent à constater, procède vraisemblablement de ce phénomène d'« extension de la logique marchande à tous les domaines de la vie sociale » qui marque notre époque⁶³⁶. Aussi, dans une récente thèse consacrée à l'étude de cette évolution contemporaine du droit des sociétés, M. Teffo aboutit à un semblable constat, estimant que « la norme juridique n'est plus envisagée que de manière instrumentale, comme un outil qui doit être mobilisé au service d'objectifs définis en termes économiques »⁶³⁷.

241. La régression du droit – Cette mutation connaît de très nombreuses conséquences et ramifications⁶³⁸. Au delà de son incidence immédiate sur le contenu des normes, qui seront souvent façonnées dans le seul but de servir ces objectifs macro-économiques, cet asservissement du droit au pragmatisme économique a malheureusement pour corollaire quasi inévitable des incidences sur le caractère systémique et la cohérence de la réglementation ; loin du noble esprit de la Codification⁶³⁹, « la loi (...) paraît perdre définitivement son caractère universel pour suivre la conjoncture »⁶⁴⁰. En effet, cette instrumentalisation du Droit, sa mise au service d'un objectif de performance économique,

⁶³³ B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF 1998, p. 5.

⁶³⁴ B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF 1998, p. 167.

⁶³⁵ G. FARJAT « La notion de droit économique », in *Archives de Philosophie du Droit (APD)*, Droit et économie, t.37, Sirey, 1992, p.27 et s., spéc. p. 49

⁶³⁶ G. FARJAT, *ibid.*

⁶³⁷ F. TEFFO, *op. cit.* n° 621 p. 276.

⁶³⁸ V. pour une analyse exhaustive, F. TEFFO, *op. cit.*

⁶³⁹ Rappr. par exemple, PORTALIS (FENET t. 1, p. 470), « l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir les principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière ».

⁶⁴⁰ C. HANNOUN, « Le droit des sociétés à l'épreuve de la modernité », *Mélanges B. Oppetit*, Litec 2009, p. 309 et s., spéc. p. 311.

implique une réglementation d'origine souvent bureaucratique, minutieuse et en constante évolution afin « d'adapter au plus vite les règles aux dernières nécessités économiques du moment »⁶⁴¹, fréquemment dénoncé pour son manque de cohérence⁶⁴² et peu compatible avec les attentes de lisibilité et de cohérence que l'on en a idéalement⁶⁴³. Aussi s'accorde-t-on généralement pour ces raisons à déplorer une piètre qualité normative en la matière⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ M. GERMAIN, *Juris class. Sociétés Traité*, fasc 3-20 « Réformes contemporaines du droit des sociétés », n°15.

⁶⁴² Rapp. par exemple, F. CASTRES-SAINT-MARTIN-DRUMMOND, *Les sociétés dites holdings*, th. Paris 2, 1993, n°559, p. 444 : « Le législateur s'est affranchi de la recherche d'une cohérence du système juridique pour faire prévaloir la poursuite d'une finalité extrinsèque au droit, provoquant ainsi une dévalorisation de la loi. En cette matière, la loi n'est plus ressentie comme le Droit. »

⁶⁴³ V. not. C. HANNOUN, *art. cit.*, spéc. p. 311 : « bref, la loi en la matière paraît perdre définitivement son caractère universel pour suivre la conjoncture » ; rapp. également C. HANOUN, *op. cit.* n°422 p. 281, évoquant « la tendance générale à sacrifier la cohérence formelle du droit objectif à la nécessité d'adapter en permanence le droit aux réalités économiques ». V. encore, P. BEZARD, *La société anonyme* (cité par E. du PONTAVICE, « Le droit des sociétés commerciales en question », *RJ com* 1989, p. 242) « Avec l'arrivée des difficultés économiques et sociales, les financiers ont fait leur apparition, donnant mauvaise conscience aux juristes, les amenant à modifier les textes dans la précipitation et même à imprimer des transformations fondamentales dans l'évolution du droit. En effet, le droit des sociétés avait été construit en 1966 à partir d'une analyse démocratique de la société. L'orientation actuelle, initiée très largement par le ministère des Finances est différente. Pour l'essentiel on tente de privilégier une approche financière, voire boursière, plus que juridique. L'objectif est désormais, non pas de respecter un certain équilibre conformément au droit des sociétés mais de permettre plus facilement aux entreprises d'accéder au marché financier et d'appeler l'épargne à s'investir dans les sociétés. » ; rapp. encore F. CASTRES-SAINT-MARTIN-DRUMMOND, *th. cit.*, spéc. n° 526 et s. Et v. pour une description détaillée et critique de ce phénomène, F. TEFFO, *op. cit.* Rapp. H. CROZE, « Le styliste du Gouvernement », *Procédures* 2014, Repère 6.

⁶⁴⁴ V. F. TEFFO, *op. cit.*, p. 47 et s. ; F. CASTRES-SAINT-MARTIN-DRUMMOND, *th. cit.*, n° 555 et s., p. 437 et s. Rapp. Étude annuelle 2016 du Conseil d'État, « Simplification et qualité du droit », « Synthèse » spéc. p. 13 et s.

Sous-section 2 - Les causes de cet instrumentalisation du droit : la croissance économique pour objectif politique majeur

242. La croissance économique aux multiples vertus pour objectif politique – Dans les représentations communes contemporaines les plus répandues, la croissance économique est tenue pour source de progrès social, de bien être⁶⁴⁵ et de bienfaits sociaux divers (emploi, richesse, réduction des inégalités, progrès technologique et amélioration des conditions matérielles, etc.⁶⁴⁶)⁶⁴⁷. Pour ces bienfaits qui en sont attendus, la quête de croissance économique apparaît donc comme l'un des objectifs majeurs des politiques promises, puis mises en œuvre, par les différents gouvernants de nos sociétés occidentales contemporaines⁶⁴⁸. Il suffit pour s'en assurer de parcourir au hasard un programme politique quelconque – ou n'importe quel article de presse généraliste – : sauf exception marginale, le caractère bénéfique de la croissance économique sera pris pour postulat, et c'est à l'aune de leur impact sur cette croissance économique que seront défendues ou analysées bon nombres des mesures politiques qui y seront évoquées⁶⁴⁹.

243. Le droit pour outil de réalisation – Or c'est bel et bien la réglementation, et donc le Droit, qui constitue l'outil premier dont disposent les dirigeants politiques pour faire advenir cette croissance et les bienfaits qui sont supposés en découler. Aussi, cette

⁶⁴⁵ « Plaidoyer en faveur d'une "économie de marché responsable" », *Le Monde*, 16 nov. 2016, tribune collective.

⁶⁴⁶ V. not. l'un des articles fondateurs de cette pensée du ruissellement, ayant systématisé le lien entre croissance et réduction des inégalités : S. KUZNETS, "Economic Growth and Income Inequality", *American Economic Review* 1955, p. 1 et s. ; et pour la récente remise en cause de cet article, v. T. PIKETTY : « The Kuznets' curve, yesterday and tomorrow », in A. BANERJEE, R. BENABOU, D. MOOKERHEE (dir.) : *Understanding poverty*, Oxford university press, 2005 et T. PIKETTY, *Le capital au XXIème siècle*, Seuil, 2013.

⁶⁴⁷ Rappr. pour une remise en cause du lien entre croissance et les bienfaits qui en sont généralement attendus, S. FOUCART *Des marchés et des dieux: Quand l'économie devient religion*, Grasset 2018 ; T. PIKETTY, *art. cit. et op. cit.*

Rappr. aussi, J.-P. DUPUY, « L'argent et la corruption des valeurs », *Esprit*, Juil.- août 2019, p. 143 et s. et not. p. 145-146 : « La Croissance est aussi sans fin au sens où elle n'a pas de finalité. On lui a reconnu des finalités, mais on a perdu successivement foi en elle. Ce fut d'abord le bonheur, puis l'emploi. Il s'agit aujourd'hui de rembourser la Dette. On s'enfoncé dans le dérisoire. »

⁶⁴⁸ V. S FOUCART, *op. cit.* Rappr. A. SUPIOT, enseignements au Collège de France dans le cadre de la chaire « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités (2012-2019) » : « Figures juridiques de la démocratie », 2016-2017, et spéc. le 13 janv. 2017 : « Du travail à l'emploi, la redéfinition de la démocratie économique », à paraître. (Diffusé sur France culture le 16 janvier 2019 in *Les cours du collège de France* par M. MONEGHETTI et disponible sur internet :

<https://www.franceculture.fr/emissions/les-cours-du-college-de-france/figures-juridiques-de-la-democratie-89-du-travail-a-lemploi-la-redefinition-de-la-democratie>

Chacun se souvient d'ailleurs de la célèbre formule qu'avait eu M. Sarkozy alors candidat à l'élection présidentielle de 2007 qui promettait d'aller chercher la croissance « avec les dents ».

⁶⁴⁹ Rappr. not. sur ce sujet, A. SUPIOT, *La force d'une idée*, éd. Les liens qui libèrent, 2019.,

instrumentalisation du droit s'explique-t-elle assez facilement par la poursuite de cet objectif, essentiellement dans les matières les plus susceptibles d'avoir un impact sur l'activité économique, à l'instar du droit des sociétés, carcan naturel des entreprises. *In fine*, on s'accommode donc de l'idée que les avantages macroéconomiques issues de la croissance et leurs retombées matérielles tangibles, méritent que soient sacrifiés quelques considérations abstraites comme la cohérence du système juridique voire, qu'en certaines hypothèses, l'on accepte de sacrifier une réglementation juste et équilibrée au niveau individuel⁶⁵⁰ pour les avantages attendus au niveau macroéconomique. Ainsi que l'écrivait Jossierand, « le juste est devenu ce qui cadre avec les postulats et les nécessités économiques »⁶⁵¹. Plus récemment, résumant en une formule ramassée une opinion critique assez répandue d'un rabougrissement général de notre système politique, en lequel le phénomène déploré sur le terrain juridique trouve probablement sa cause, Monsieur Edgard Morin estimait que « la politique s'est réduite à l'économie, et l'économie s'est réduite à une idéologie libérale d'un ruissellement des richesses »⁶⁵².

244. La mise au service du droit, et du droit des sociétés en particulier, à la recherche de la performance économique⁶⁵³ et la primauté qu'il conviendrait de donner aux objectifs macroéconomiques sont ainsi aujourd'hui souvent défendues et assumées parfois sans fard par les membres de la doctrine juridique, dans le prolongement de certains courants économiques à l'instar du versant « dur » de l'école de Chicago⁶⁵⁴ : M. Du Pontavice exhortait par exemple non seulement le législateur, mais encore les différents acteurs juridiques, à toujours penser le droit sous ce prisme : « je partirai de l'idée, écrivait-il, que la croissance économique est l'affaire de tous : législateur, magistrat, avocat, conseil juridique. Et devant chaque problème qui se pose au juriste dans son cabinet, au magistrat au prétoire, bien sur dans le respect des lois, la question que nous devons nous poser est : quelle est la solution la meilleure pour l'économie? »⁶⁵⁵. Dans une perspective proche,

⁶⁵⁰ V. concernant le caractère injustifié et profondément dérogoire du mécanisme de limitation de responsabilité des associés, *supra*, n°74 et s.

⁶⁵¹ L. JOSSERAND, *art cit.*, spéc. p. 42.

⁶⁵² E. MORIN in *La grande table des idées* du 10 septembre 2019, France culture, par O. GESBERT

⁶⁵³ Rappr. not. P. BÉZARD, « Le droit des sociétés face aux défis de la mondialisation », *Rev. Société* 2000, p. 55 et s., spéc. p. 56 : « Le droit des sociétés apparaît au premier rang de ces réglementations qu'il convient de faire évoluer en raison du rôle essentiel qu'il joue dans le domaine économique et financier ».

⁶⁵⁴ V. F. CASTRES-SAINT-MARTIN-DRUMMOND, *th. cit.* n° 551, p. 433.

⁶⁵⁵ E. DU PONTAVICE, « Le droit des sociétés commerciales en question », *RJ com.* 1989, p. 241 et s., spéc. p. 245. Rappr. A. MARTIN-SERF, « L'instrumentalisation du droit des sociétés », *RJ com.*

MM. Hamel et Lagarde encourageaient quant à eux, « un rejet systématique des raisonnements logiques, lorsqu'ils conduisent à des solutions qui ne sont pas en pleine harmonie avec les besoins de la pratiques des affaires »⁶⁵⁶.

245. Ainsi, la poursuite d'objectifs macro-économiques dans le droit privé, généralement conçu comme le lieu de réglementation des relations interindividuelles qu'il est supposé ordonner par une recherche neutre du juste équilibre des intérêts, surprend ; non pas tant pour son caractère inédit mais par sa tendance à devenir prédominante. De nombreuses transformations en résultent à commencer par son mode d'élaboration (d'origine essentiellement bureaucratique avec un rythme de production soutenu⁶⁵⁷) et sa construction (le droit contemporain des sociétés guidé par la recherche de croissance se caractérise par son pragmatisme et le caractère minutieux de sa réglementation, bien éloigné de l'esprit de la codification où seules les grandes maximes doivent servir à guider le juge⁶⁵⁸), mais encore son contenu (par le sacrifice des considérations morales et les entorses aux divers principes juridiques que cette quête de « performance économique » peut impliquer).

Section 2 - L'élaboration d'un régime de faveur aux entreprises privées et à leurs instigateurs

2002, p. 108 et s. Pour une critique de cette injonction, rappr. B. STIEGLER, *« Il faut s'adapter »*. Sur un nouvel impératif politique, Collection NRF Essais, Gallimard 2019.

⁶⁵⁶ Traité de droit commercial, 1^{ère} éd., 1954, Préface.

⁶⁵⁷ V. sur ces points, F. TEFFO, *op. cit., spéc.* Partie 1, Titre 1, p. 47 et s. Rappr. également P. BEZARD, *La société anonyme*, Montchrestien 1986 cité par F. TEFFO, *op. cit.*, n°623, p. 277 : « les financiers se sont substitués aux juristes dans la construction du droit applicable aux sociétés anonymes ». Et à titre d'illustration du rythme effréné des réformes, on pourrait observer que l'article L225-10-1 a été modifié quatorze fois en l'espace de quinze ans, et ce sont pas moins de quatre versions différentes qui furent successivement en vigueur sur la seule période allant d'aout 2015 à aout 2016.

⁶⁵⁸ Rappr. C. HANNOUN, *art. cit., spéc.* p. 311 : « bref, la loi en la matière paraît perdre définitivement son caractère universel pour suivre la conjoncture » ; rappr. PORTALIS (FENET t. 1, p. 470), « l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir les principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. »

246. Parce que l'entreprise privée est perçue comme le moteur de la croissance économique dont la société dans son ensemble est réputée tirer profit (Sous-section 1), le droit contemporain tend, dans le prolongement de la logique décrite, à organiser des mesures favorables à la création et au développement des entreprises, ce qui passe notamment par l'instauration de régimes de faveurs aux entrepreneurs et aux investisseurs (Sous-section 2).

Outre la volonté de promouvoir « dans l'absolu » l'entrepreneuriat, se développe l'idée selon laquelle la réglementation doit se faire attractive pour retenir et attirer les acteurs économiques car ce n'est pas tant l'entrepreneuriat, que l'entrepreneuriat « français » que l'on cherche à promouvoir. La liberté des législateurs nationaux dans le choix de leur législation tendrait à diminuer à mesure que croît la liberté des acteurs économiques de choisir l'ordre juridique sous l'empire duquel ils entendent se placer, et l'aménagement de régimes de faveurs au bénéfice des acteurs économiques tendrait ainsi à s'imposer comme une véritable nécessité, conséquence de la concurrence normative que se livrent entre eux les ordres juridiques (Sous-section 3).

Sous-section 1 - L'entreprise privée vecteur de croissance

247. L'entreprise, idole contemporaine – Cette quête de croissance qui tend à s'ériger en objectif majeur du droit contemporain, a presque toujours pour corollaire l'ambition d'aménager une réglementation favorable aux entreprises. En effet, l'entreprise privée constitue généralement le concept cristallisant les considérations relatives à la croissance économique ; elle est supposée en être le moteur essentiel, et tend de ce fait à s'imposer dans les esprits comme « la seule véritable source de richesse et de progrès social »⁶⁵⁹. Aussi, la « bonne santé » des entreprises, le nombre important de leur création, sont, dans les représentations communes, perçues comme d'heureuses nouvelles : « ce qui est bon pour la General Motors est bon pour l'État américain » est-il aujourd'hui encore courant d'estimer⁶⁶⁰. Cela tient vraisemblablement essentiellement au fait que l'entreprise

⁶⁵⁹ Ph. PEYRAMAURE, « Le droit contre l'entreprise », in *Aspects organisationnels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, Dalloz 2012, p. 443 et s., spéc. p. 444.

⁶⁶⁰ J. PAILLUSSEAU « Qu'est-ce que l'entreprise ? », in *L'entreprise : nouveaux apports*, Economica, 1987, p. 11 et s., spéc. n°176, p. 80.

constitue dans les représentations communes, « le support de l'emploi » ; de telle sorte que « les difficultés qu'elle rencontre, ou sa disparition, entraîneront dans un même naufrage industriel et social la disparition de ces emplois »⁶⁶¹ avec les conséquences économiques et sociales redoutées qui en découlent. Aussi les gouvernants politiques sont-ils incités à user de l'outil juridique pour favoriser leur création, leur pérennité et leur développement⁶⁶².

248. Comme le remarquait M. Despax, « on ne compte plus les déclarations officielles exaltant le risque économique, l'aventure industrielle et la Silicon Valley est aujourd'hui sur le front économique notre moderne ligne bleue des Vosges »⁶⁶³. Et cet éloge presque lyrique que consacrait à l'entreprise M. Dutreil illustre parfaitement ; le secrétaire d'État d'alors affirmait en effet que l'entreprise « favorise l'expression des talents, l'esprit d'initiative, qui caractérisent le dynamisme d'un pays et sa confiance dans l'avenir ; elle conditionne la création de richesse et d'emplois, elle irrigue les territoires ; elle diffuse les innovations ; elle est un vecteur d'intégration sociale et une chance de réussite, d'épanouissement et de réalisation personnelle pour ceux qui veulent travailler »⁶⁶⁴.

Et l'on est volontiers enclin à croire que les conceptions de cet ordre sont encore largement partagées au sein de la classe politique dominante, ce dont atteste certainement l'accession à la présidence de la République du candidat élu sur la promesse bien connue de faire de la France une « *start-up nation* »⁶⁶⁵.

⁶⁶¹ M. DESPAX, « L'évolution du droit de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur de J. Savatier*, Paris, PUF, 1992, p.177 et s., spéc. p. 179.

⁶⁶² Les vertus de la création d'entreprise sur l'emploi ne doivent cependant pas être exagérées, on trouve ainsi exprimé le regret, dans l'introduction au projet de loi Pacte qu' « alors que le taux de création d'entreprises, de 9,9 % en 2014 contre 7,2 % en Allemagne, contribue au renouvellement du tissu productif et prépare l'avenir, en positionnant l'économie française sur les enjeux de moyen et long terme, ces créations ne se traduisent qu'insuffisamment par de nouveaux emplois : en 2014, 66 % des créateurs avaient pour principal objectif d'assurer leur propre emploi (INSEE, enquête SINE) » (*Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, Étude d'impact, 20 juin 2018, Introduction générale p. 7).

⁶⁶³ M. DESPAX, *art. cit.*, spéc. p. 180.

⁶⁶⁴ R. DUTREIL, Livre blanc sur la réforme de la création d'entreprise, août 2002.

⁶⁶⁵ Et qui se révéla par la suite, notamment, l'instigateur des sommets « *Choose France* » (lesquels ont pour ambition, selon le site du gouvernement, de « faire rayonner l'attractivité économique de la France » : v. <https://www.gouvernement.fr/choose-france-un-sommet-pour-faire-rayonner-l-attractivite-economique-de-la-france>). Laurent Fabius déjà entendait réaliser « la réconciliation de l'entreprise et de la nation », cité par J. BAUDOUIN et E. NEVEU, « La gauche et l'entreprise », in *L'entreprise. Nouveaux apports*, Economica, 1987, p. 259.

Sous-section 2 - L'adoption de régimes de faveurs pour l'entreprise et ses instigateurs

249. L'octroi de privilèges à ses instigateurs pour stimuler l'entrepreneuriat – C'est ainsi que, pour les bienfaits économiques et sociaux qu'elle est réputée apporter, l'entreprise se trouve choyée par nos législations. Ces dernières, caractérisées par leur pragmatisme, n'hésitent donc pas à s'affranchir de la rigueur des principes juridiques, ou des considérations morales, voire du simple effort de neutralité utile à la réalisation d'un juste équilibre entre les différents intérêts en présence, pour mettre en œuvre un cadre juridique ouvertement favorable à la création, la pérennité ou le développement des entreprises⁶⁶⁶.

Cette promotion de l'entrepreneuriat passe notamment par de notables mesures de faveurs à destination de ceux qui en sont les instigateurs : entrepreneurs et investisseurs sont donc dotés de privilèges de différentes natures, afin d'inciter à drainer leur épargne et leur énergie en direction de la création et le développement des entreprises⁶⁶⁷.

Le postulat étant que l'ensemble de la société profitera, du fait des retombées économiques et sociales attendues, des faveurs consenties au bénéfice des entrepreneurs et des investisseurs. Aussi, les sacrifices imposés à l'ensemble de la société qui, d'une manière ou d'une autre, aura à supporter les conséquences des régimes de faveur édictés en faveur des entrepreneurs et des investisseurs⁶⁶⁸, se justifieraient par la vocation de ces mesures à profiter *in fine* à l'intérêt général.

⁶⁶⁶ V. par exemple à titre d'illustration, le rapport au projet de loi de modernisation de l'économie déposé par le sénateur Marini le 24 juin 2008 : « Il est enfin légitime que le projet de loi s'intéresse à toutes les formes d'activités économiques, des plus modestes, qu'il faut libérer des entraves qui brident leur développement, aux plus grandes, en parcourant tout la gamme des formes juridiques des entreprises. Ainsi, le projet comporte de nombreuses dispositions en faveur de l'auto-entrepreneur, des travailleurs indépendants, des artisans, commerçants et professionnels libéraux et de leurs conjoints collaborateurs, des différentes catégories de sociétés, qu'il s'agisse de SARL, de SA, de SAS. » (Introduction). Rapp. not. G. HORSMANS, « Responsabilité limitée et plaisirs sans limites », *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 543 et s.,

⁶⁶⁷ Rapp. pour un exemple récent bien connu, la suppression de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) remplacé par l'impôt sur la fortune immobilière (IFI), justifié par l'objectif de drainer l'épargne des ménages vers les investissements productifs de croissance et d'emploi (V. *Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2018* (n° 235), T. I, exposé général par J. GIRAUD).

⁶⁶⁸ Sur lesquels v. *infra* Partie 2, not. n° 579 et s. ou encore n° 676 et s.

250. La limitation de responsabilité de l'associé justifié par ses retombées économiques attendues – C'est évidemment dans cette perspective que doit se lire le droit contemporain de la limitation de responsabilité de l'associé : considéré tantôt comme un entrepreneur, tantôt comme un investisseur, son énergie et son épargne sont perçus comme de précieux outils de croissance économique – laquelle a vocation à profiter à l'intérêt général – s'ils sont investis dans les entreprises, dont la structure sociale personnifiée est réputée constituer le cadre juridique majeur⁶⁶⁹.

Schématiquement, il est ainsi courant de considérer que « la dissociation qu'opère la mise en société pousse l'entrepreneur à entreprendre, à oser, donc à créer ; à développer, à construire..., bref, à se lancer dans une gestion plus dynamique donc plus créatrice de richesses pour le bien général »⁶⁷⁰. La limitation de responsabilité stimule donc d'une part la création d'entreprise, en ce que l'entrepreneur sera nécessairement moins frileux à l'idée de réaliser son projet s'il a l'assurance qu'un échec ne conduira pas son foyer à la ruine⁶⁷¹. D'autre part, la limitation de responsabilité a, depuis à tout le moins son utilisation au sein des grandes compagnies de commerce des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, apporté la preuve de son aptitude à drainer vers les grandes entreprises nécessiteuses de financement, l'épargne privée de la collectivité⁶⁷².

Sous-section 3 - La concurrence des ordres normatifs

⁶⁶⁹ Ainsi que l'illustre la phrase célèbre d'Helmut Schmitt : « *Les profits d'aujourd'hui sont les investissements de demain et les emplois d'après-demain* ». (cité par P. FORTHOMME, « Entreprise et société en Suède : un regard aux sources du modèle », *Le journal de l'école de Paris du management* 2007/6 (n°68), p. 8 et s.

⁶⁷⁰ « Rapport de la commission Champaud sur la création EPRL », *RTD com.* 1979 p. 579 et s., spéc. p. 596, n°20.

⁶⁷¹ Rapp. pour un exposé récent des conceptions contemporaines relatives aux vertus ce mécanisme de limitation de responsabilité, à propos de l'EIRL, l'étude d'impact réalisée en janvier 2010 dans le cadre du projet de loi relatif à l'EIRL (<http://www.assembleenationale.fr/13/pdf/projets/pl2265-ei.pdf>) : « Grâce à cette mesure, les entrepreneurs pourront mettre leur patrimoine personnel à l'abri des poursuites des créanciers professionnels. Une telle séparation des patrimoines devrait encourager l'esprit d'entreprendre chez les petits entrepreneurs » (p.10) ; « Il est attendu une augmentation significative du nombre des créations d'entreprises » (p. 17).

⁶⁷² V. G. HORSMANS, « Responsabilité limitée et plaisirs sans limites », *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 543 et s., spéc. n°3 et s. ; rapp. *supra* Chapitre 1. V. aussi, identifiant d'autres mérites au système de limitation des risque de l'actionnaire, P. LE GOFF, « Faut-il supprimer les sociétés à risque limité ? », *RIDC* 1999, n°3, p. 593 et s., spéc. n° 597 et s.

251. D'ailleurs, la mondialisation de l'économie, l'accroissement de la « mobilité des entreprises »⁶⁷³ et le *law shopping*⁶⁷⁴ qui en a résulté, ne sont certainement pas étrangers à cette évolution⁶⁷⁵. Du fait de la « *global race* »⁶⁷⁶ résultant de cette mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, l'impérativité de ménager aux acteurs économiques un système juridique qui leur est favorable s'est en effet trouvée nettement accrue.

Invoquant l'existence d'un mécanisme darwinien, Mme Martin-Serf en vient même à soutenir la thèse d'une disparition des systèmes juridiques autres que celui qui se trouverait le plus apprécié, le plus « plébiscité par le marché », et qui finirait par supplanter tous les autres⁶⁷⁷.

Dès lors en tout cas que les acteurs économiques disposent d'une grande marge de liberté dans le choix de la réglementation nationale qui leur est applicable, chaque ordre juridique sera incité à édicter les dispositions qui leur sont les plus favorables, afin d'inciter ces acteurs à faire le choix de déclencher l'application de leur législation nationale, ce dont les dirigeants politiques attendent de favorables retombées pour l'économie nationale dont ils répondent devant leurs électeurs⁶⁷⁸.

Les libertés d'établissement ou de libre prestation de service notamment, qu'instituent les traités européens – surtout dans l'acception que ces notions reçoivent dans les prétoires de Luxembourg⁶⁷⁹ – constituent vraisemblablement pour les

⁶⁷³ V. not. sur le sujet. M. MENJUCQ, « La mobilité des entreprises », *Rev. sociétés*, 2001, p. 210 ; « La circulation internationale des sociétés » : *Bull. Joly Sociétés*, 2001, p. 233, § 65.

⁶⁷⁴ F. TEFFO, *op. cit.* p. 261 ; K. RODRIGUEZ, « L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 330 et s. : « Ce faisant, un effet dit « *law shopping* » est induit. Cette nouvelle liberté de choisir le lieu d'immatriculation de son entreprise ou de transférer son siège dans un autre État, permet en effet de choisir la loi applicable à l'entreprise. Or, il s'agira bien sûr de la loi la plus attractive, ce qui, fatalement, n'est pas sans conséquences sur la manière dont le législateur national élabore et adopte ses lois en matière de sociétés, puisqu'il va chercher à attirer les entreprises sur son territoire. »

⁶⁷⁵ Rappr. P. BEZARD, « Le droit des sociétés français face aux défis de la mondialisation », *Revue des sociétés* 2000, p. 55

⁶⁷⁶ Notion mise en avant notamment par le premier ministre britannique David Cameron en 2012, cité par A. SUPIOT, *La force d'une idée*, 2019, éd. Les liens qui libèrent, p. 9 : « La vérité est que nous sommes aujourd'hui dans une *global race*. Et pour un pays comme le notre, cela sonne l'heure des comptes. Couler ou nager (...) Nous sommes testés ».

⁶⁷⁷ A. MARTIN SERF, « L'instrumentalisation du droit des sociétés », *RJ com.* 2002, p. 108 et s. spéc. p. 121.

⁶⁷⁸ V. K. RODRIGUEZ, *art. cit.*

⁶⁷⁹ V. K. RODRIGUEZ, *art. cit.* ; et à propos de la fameuse lignée jurisprudentielle instaurée par l'arrêt *Centros*, v. L. D'AVOUT obs. sous les arrêts *Daily Mail*, *Centros*, et *Cartesio* in *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, PUF, 3^{ème} éd. 2016, n°60 p. 299 et s. (V. CJCE, 9 mars 1999, *Centros* : *Rec.*, I, p. 459 ; *Bull. Joly Sociétés*, p. 705, § 157, note J.-Ph. DOM ; *D.*, 1999, *Cah. dr. aff.*, jur., p. 550, note M. MENJUCQ ; *Rev. sociétés*, 1999, p. 386, note G. PARLEANI ; *JCP*, éd. E, 1999, p. 1285, no 3, obs. Y. REINHARD ; *JDI*, 2000, p. 484, obs. M. LUBY ; CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering*, : *Bull. Joly Sociétés*, p. 452, § 91, note M. LUBY ; *JCP*, éd. E, 2003, no 448, note M. MENJUCQ ; *Rev. sociétés*, 2003, p. 315, note J.-Ph. DOM ; *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 508, note P. LAGARDE. CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art Ltd* : *Bull. Joly*

législateurs nationaux de puissantes motivations à rendre leur droit des sociétés économiquement attractif⁶⁸⁰.

252. De l'objectif d'inciter à la création d'entreprise à l'impératif de séduction des entreprises – Afin de parer à une redoutée « fuite des sociétés à l'étranger »⁶⁸¹, et d'encourager à l'inverse l'investissement étranger, chacun des différents États membres se trouve mécaniquement incité à proposer aux acteurs économiques le cadre juridique qui leur est le plus favorable. Aussi « de nombreuses réformes passées, adoptées ou envisagées en droit des sociétés durant ces dix dernières années s'expliquent par la volonté de séduire les entrepreneurs, français pour l'essentiel, par le biais d'une libéralisation du droit des sociétés : les règles de constitution sont assouplies et les règles de fonctionnement sont allégées »⁶⁸². La récente loi PACTE illustre parfaitement ce phénomène : dès les premières lignes de l'exposé des motifs on y trouve formulée l'idée que « la croissance des entreprises » (dont la promotion constitue l'objectif premier de la loi) « ne doit pas être entravée par (...) un environnement réglementaire trop complexe et pénalisant par rapport aux autres membres de l'Union européenne »⁶⁸³.

Inversement, toute proposition de réforme dont les effets seraient susceptibles de déplaire aux investisseurs, de grever la compétitivité des entrepreneurs nationaux, et d'emporter la tentation d'une fuite à l'étranger des acteurs économiques, semble presque inévitablement vouée à l'échec⁶⁸⁴.

Sociétés, p. 1296, § 272, note M. MENJUCQ ; *D.*, 2003, p. 2504 ; *JCP*, éd. G, II, no 10002, note M. LUBY. *CJCE*, 27 septembre 1968, *Daily Mail* : *Rec.*, I, p. 5483).

⁶⁷⁹ La CJUE affirme cependant poser pour limite à sa solution tenant à la possibilité d'un choix discrétionnaire de la loi applicable par les individus, l'hypothèse de la fraude, mais il semble à l'évidence que « sa réalisation paraît toute théorique en raison de la façon dont elle semble comprise par les autorités européennes » (D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, op. cit. 4^{ème} éd. n° 1059, p. 592. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat, 2001, no 50 ; M. MENJUCQ « Transfert international de siège social : état du droit positif » : *JCP*, éd. E, 1999, p. 1617 ; « La mobilité des entreprises », *Rev. sociétés*, 2001, p. 210.

⁶⁸⁰ V. sur ces questions K. RODRIGUEZ, art. cit. ; rapp. également M. GRIMALDI, « Le droit continental face à la mondialisation », *Mélanges Oppetit*, p. 293 et s. V. *infra* n° **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** et **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**

⁶⁸¹ K. RODRIGUEZ, art. cit.

⁶⁸² K. RODRIGUEZ, art. cit. Pour une illustration, v. les termes de l'habilitation gouvernementale réalisée par la loi LME 4 août 2008, art 152, qui a pour objet d'édicter « les dispositions ayant pour objet de renforcer l'attractivité de la place financière française tout en veillant à assurer la bonne information des investisseurs et la stabilité financière au travers (...) de la réforme du régime des actions de préférence »

⁶⁸³ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, exposé des motifs.

⁶⁸⁴ On peut prendre pour illustration de ce phénomène la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères. Malgré une volonté politique en apparence forte de mettre un terme à

Dans le prolongement de la logique décrite, cette situation de mise en concurrence des différents ordres juridiques nationaux impliquera une primeur donnée à la satisfaction des intérêts des fondateurs et des utilisateurs des structures personnifiées – lesquelles sont réputées constituer le cadre juridique des entreprises privées. D'ailleurs, la pression qu'exerce la concurrence des systèmes juridiques, si elle est le plus souvent simplement anticipée par le législateur, peut également constituer une menace brandie explicitement par certains acteurs économiques et leurs représentants, afin d'obtenir de la part des dirigeants politiques, le bénéfice de régimes favorables⁶⁸⁵

253. Cet objectif de proposer un droit attrayant pour les acteurs économiques en rejoint un autre, proche quoique distinct, conduisant tout autant à l'aménagement d'un régime de faveur au bénéfice des acteurs économiques : il consiste à ne pas faire supporter aux entrepreneurs nationaux de trop lourdes contraintes, par crainte de brimer leur compétitivité « à l'international » et par là, celle de brimer l'économie nationale dans son ensemble⁶⁸⁶. C'est d'ailleurs cet impératif qui avait conduit à la libéralisation des sociétés anonymes au XIX^{ème} siècle⁶⁸⁷.

254. Ainsi, de nombreux auteurs aboutissent au constat que l'efficacité et l'attractivité économiques⁶⁸⁸ tendent à devenir les pôles magnétiques de la production normative en la matière⁶⁸⁹ ; la promotion de ces objectifs se faisant malheureusement au détriment de la

l'irresponsabilité des sociétés donneuses d'ordres et des sociétés mères, la crainte des retombées économiques d'une réglementation trop vigoureuse a conduit à l'adoption d'une version édulcorée de ce projet de loi. V. A. SUPLOT, *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, éd. Collège de France 2018, p. 12 et s. Et rapp. *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 15 juin 2007, n°79 ; Rapport d'information n°588 de MM Anziani et Béteille, *Travaux parlementaires Sénat*, 2008-2009, p 64 et s (cité par A. SUPLOT, *op. cit.*, note 5 p 27). Et à propos du devoir de vigilance, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, n°642 et s.

⁶⁸⁵ V. F. TEFFO, *op. cit.* n°588 et s. p. 261 et s.

⁶⁸⁶ Rapp. not. P. BEZARD, « Le droit des sociétés face aux défis de la mondialisation », *art. cit.* ; A. MARTIN-SERF, *art. cit.* ; K. RODRIGUEZ, *art. cit.*

⁶⁸⁷ V. *supra* n° 229 et A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIX^{ème} siècle*, *op. cit.*, p. 420 et s. ; J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, *op. cit.* p. 228, n°142. Et sur l'influence de cet impératif sur la libéralisation du capital social des SARL, rapp. A. PIETRANCOSTA, « Capital zéro ou zéro capital », in A. COURET, H. LE NABASQUE (dir.) *Quel avenir pour le capital social ?*, Actes du colloque du Centre de droit financier de l'Université de Paris I, Dalloz, 2004, p. 127 et s., spéc. p. 140.

⁶⁸⁸ V. K. RODRIGUEZ, *art. cit.*

⁶⁸⁹ V. F. TEFFO, *op. cit.* n°619 et s., p. 276 et s. et rapp. B. OPPETIT, *Droit et modernité*, *op. cit.* p. 167, pour qui on assiste à une « rematérialisation du droit » : « il ne s'agit plus pour celui-ci de fixer les règles du jeu social mais pour l'essentiel d'atteindre des objectifs substantiels ».

cohérence des édifices conceptuels et d'une recherche neutre du meilleur moyen de réaliser un juste arbitrage des divers intérêts en présence⁶⁹⁰.

Conclusion de chapitre

255. S'inscrivant, comme on a eu l'occasion de le voir, au rebours des grandes lignes de force de notre droit privé, c'est dans cette perspective délibérée de promouvoir et d'attirer l'activité entrepreneuriale que doit se comprendre le mécanisme contemporain de limitation de responsabilité de l'associé que dispensent certaines formes de structures personnifiées. Proposer de revenir ou d'amender un tant soit peu le régime de limitation de responsabilité dont bénéficie l'associé de SSPRL encourra inévitablement les reproches que sont, d'une part, de prendre le risque de brimer l'initiative entrepreneuriale et son financement, d'autre part, de prendre le risque de déclencher une fuite des sociétés à l'étranger⁶⁹¹.

On pourrait penser que la matière ne présente donc qu'un intérêt assez mineur sur le plan de l'analyse juridique dans la mesure où le régime semble ostensiblement assumer sa contrariété aux logiques juridiques, puisant sa légitimité dans une politique économique pragmatique.

Sans prétendre porter un quelconque jugement sur l'objectif choisi par le législateur souverain de promouvoir l'activité entrepreneuriale par ce biais, il revient cependant au juriste d'évaluer si le mécanisme juridique effectivement à l'œuvre est bel et bien façonné de la meilleure manière qui soit pour servir la finalité qui le justifie.

⁶⁹⁰ V. *supra* et F. TEFFO, *op. cit.* Rapp. encore, A. SUPIOT, « Introduction » in A. SUPIOT et M. DELMAS MARTY (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF 2015, p. 7 et s., spéc. p. 34 : « Les vraies difficultés sont ailleurs : dans le poids écrasant de l'idéologie économique qui conduit juges et législateurs à penser que toute initiative audacieuse risquerait de porter atteinte à "l'avantage comparatif" de leur pays sur une scène globale dominée par le *law shopping*. Autrement dit, dans la force des illusions entretenues par l'idéologie du Marché total qui, considérant la Terre, le travail et la monnaie comme des marchandises comme les autres, est condamné à rencontrer tôt ou tard sa limite catastrophique ».

⁶⁹¹ Rapp. B. STIEGLER, « *Il faut s'adapter* ». *Sur un nouvel impératif politique*, Collection NRF Essais, Gallimard 2019.

Conclusion de la première partie

256. A ce stade de notre étude, il apparaît donc que la mesure de limitation de responsabilité de l'associé dont nous sommes aujourd'hui si familiers, a poussé comme une mauvaise herbe sur le terreau d'un « laisser-faire » juridique. Bien que devenant vite injustifiable sur le terrain des principes juridiques, elle est néanmoins parvenue à se frayer un chemin dans l'histoire en louvoyant, traçant sa voie sinueuse au gré des brèches conceptuelles ouvertes par mégarde, à la manière dont une plante pourrait croître sur un édifice en ruine en se glissant, pour se hisser, par les interstices que laisse l'érosion de la pierre.

Reste cependant qu'elle est parvenue à s'imposer et se trouve aujourd'hui politiquement souhaitée pour les bienfaits économiques dont on la répute communément porteuse ; elle n'est plus tant pensée comme une « faveur » que comme « une exigence conforme aux nécessités de l'économie privée et des objectifs de rentabilité qui la gouvernent »⁶⁹².

Aussi, à prendre cette justification de politique-juridique pour postulat car il ne nous appartient pas de porter sur elle un jugement, il convient désormais d'évaluer sous son prisme, la réalisation positive de la construction juridique qui est supposée la servir.

⁶⁹² G. HORSMANS, *art. préc.* in *Mél. Guyon, op. cit.*, spéc. p. 546.

PARTIE 2 - UN MÉCANISME À LA DÉRIVE

257. Les profondes dérogations portées par le mécanisme de limitation de responsabilité de l'associé ne se justifient, nous l'avons vu, que par l'objectif économique d'incitation à l'activité entrepreneuriale qu'il est supposé favoriser⁶⁹³.

Compte tenu de la gravité de la mesure, il paraît donc particulièrement impérieux que le champ de son bénéfice soit strictement cantonné aux seules hypothèses que sa raison d'être appelle ; de même, que ses effets soient strictement indexés sur ce que commande la poursuite de cette finalité.

Or au rebours de cet impératif, il semble que le droit positif des structures personnifiées à risque limité dérive sans boussole, débordant largement du cadre que désigne sa *ratio legis*. Le pragmatisme économique qui régit la matière et son « instrumentalisation » lui ont fait perdre sa cohérence et sa rationalité⁶⁹⁴ ; dans le torrent de la myriade de réformes sporadiques qui l'emporte, s'est noyée l'analyse juridique – combien est difficile de prendre un peu de recul et de hauteur vis-à-vis d'un droit en constante évolution, au degré de technicité si élevé, et dont l'élaboration paraît presque ouvertement s'affranchir de toute exigence de cohérence⁶⁹⁵ – ; enfin, l'accoutumance au principe de limitation de responsabilité de l'associé, combiné à l'anthropomorphisme qu'induit la technique de la personnalité morale et sous lequel se dissimule la mesure, ont eu pour effet d'endormir la vigilance que l'on se devait d'avoir vis à vis d'un mécanisme heurtant si profondément les principes juridiques.

⁶⁹³ V. *supra* Partie 1.

⁶⁹⁴ V. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 ; rappr. F. CASTRES-SAINT-MARTIN-DRUMMOND, *th. cit.* n°526 et s.

⁶⁹⁵ Rappr. P. DIENER, *Pathologie juridique et doctrine universitaire en droit des affaires* : D. 1997, chron. p. 147.

258. Il convient donc désormais de rechercher si le mécanisme de limitation de responsabilité tel qu'il est effectivement organisé par le droit positif, peut véritablement se justifier par l'objectif de politique économique qui constitue son fondement exclusif. Or, c'est malheureusement le constat d'un bornage extrêmement hasardeux de son champ d'application (Titre 1) et d'effets tantôt trop vigoureux, tantôt inadaptés à la poursuite de cet objectif économique (Titre 2), qu'il convient de dresser.

TITRE 1 - L'ERRANCE DU CHAMP D'APPLICATION

« Le vieux monde se meurt, le nouveau monde tarde à apparaître et dans ce clair-obscur surgissent les
monstres.»

A. GRAMSCI, *Cahiers de prison*⁶⁹⁶.

259. Sans trop anticiper sur les conclusions de l'analyse que nous nous apprêtons à mener, il est possible d'exposer simplement l'intuition qui préside au choix de son objet et que nous allons nous employer à vérifier : l'impression qui se dégage nettement d'une succincte observation du droit positif que celui-ci est dépourvu d'outils aptes à circonscrire strictement et effectivement, le champ des hypothèses ouvrant le droit au bénéfice de ce régime à ce que les justifications de ce dernier commandent.

260. Selon une conception traditionnelle, telle qu'elle ressort des manuels usuels – et qui plus largement innerve assurément de nombreux pans du droit positif – c'est la notion de société qui constitue l'outil de bornage essentiel du champ d'application des structures au sein desquelles la limitation de responsabilité de l'associé se réalise. On touche d'ailleurs ici au mythe fondateur de cette matière qu'est le « droit des sociétés », selon lequel ce serait le contrat éponyme qui en formerait le pivot. Il est en effet réputé constituer le point commun aux différentes structures personnifiées que cette matière agrège, lesquelles sont en retour traditionnellement perçues comme de simple déclinaisons de ce contrat de société, ou comme autant de variantes spécifiques et réglementées de cette convention⁶⁹⁷.

⁶⁹⁶ Traduction proposée par Serge Venturini dans *Éclats d'une poétique de l'inaccompli*, L'Harmattan 2012, p.12. La traduction diffère de celle retenue par l'édition Gallimard : « La crise consiste justement dans le fait que l'ancien meurt et que le nouveau ne peut pas naître : pendant cet interrègne on observe les phénomènes morbides les plus variés » (*Cahiers de prison*, Gallimard, trad. sous la responsabilité de Robert Paris, Cahier 3, §34, p. 283).

⁶⁹⁷ Il n'est besoin pour s'en convaincre, que d'observer le découpage retenu, sous quelques infimes variantes, par la quasi totalité de ces manuels pour l'étude de la matière et consistant à décrire dans

Ainsi est-il communément enseigné que le bénéfice du régime des structures sociales personnifiées, et partant de la limitation de responsabilité susceptible d'en découler, est essentiellement subordonné – en plus de quelques formalités d'enregistrement – à l'existence et à la validité d'un contrat de société sous-jacent⁶⁹⁸. Ce dernier est ainsi réputé jouer le rôle tout à la fois de pivot conceptuel et de gardien essentiel du champ d'application de ce régime.

261. Or nous nous proposons d'observer que, loin de cette image d'Epinal, le droit positif des SSPRL⁶⁹⁹ semble avoir depuis bien longtemps quitté ce lit originel et dérive désormais hors de tout cadre conceptuel ferme.

Pire, il paraît également affranchi de toute affectation fonctionnelle effective, les individus étant en mesure de prétendre au bénéfice de ces régimes sans que l'ordre juridique ne soit doté des outils permettant de vérifier – et le cas échéant sanctionner – que leur situation est bien du type de celles permettant la réalisation des objectifs ayant justifié ces mesures, soit, en substance, l'exploitation effective d'une entreprise.

262. Aussi, on pourrait comparer l'état de la matière à l'hypothèse où, à force d'errements conceptuels, le droit positif ne serait plus en mesure de réserver le bénéfice du mariage aux véritables couples – tel que nous entendons communément cette notion aujourd'hui – et où faute de disposer des outils conceptuels permettant de réserver effectivement le régime du mariage aux hypothèses pour lesquelles il fut pensé, l'institution viendrait *de facto* à être ouverte à deux colocataires souhaitant bénéficier de certains allègements fiscaux ou encore à deux partenaires d'affaires trouvant dans cette institution une manière avantageuse d'organiser leurs rapports réciproques. Elle tendrait ainsi à n'être plus qu'un matériau de construction juridique à la libre discrétion des

un premier temps le « droit commun » de la société – essentiellement ici, les critères du contrat de société – avant d'entamer l'étude plus spécifique du « droit spécial » autrement dit, des différentes sortes de SSP (structures sociales personnifiées) (v. par exemple P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.* ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.* ; G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et C. MAGNIER, *op. cit.*, Y. GUYON, *Droit des affaires, op. cit.* etc.).

⁶⁹⁸ V. C. CUTAJAR-RIVIÈRE, *op. cit.* n°145 et s., p. 107 et s.

⁶⁹⁹ Structures sociales à responsabilité limitée.

individus, une « sorte de mécano qu'on utilise au mieux des intérêts privés »⁷⁰⁰, leur permettant de se soustraire à l'application de certaines règles ou, au contraire, de bénéficier de l'application de certaines autres, en tout cas de modeler le droit applicable à leur situation, au gré de leurs seuls intérêts et au mépris de la raison d'être ou des objectifs des règles que la construction vient affecter.

263. Dans une large mesure, la matière des SSPRL nous semble prendre cette funeste voie d'une errance conceptuelle et fonctionnelle, débouchant sur un système gouverné par une technique aveugle où triomphe « une conception très relative et purement instrumentale du droit » et où ce dernier n'est plus qu'« une arme entre les mains de ceux qui disposent des moyens de s'assurer les services d'habiles conseillers »⁷⁰¹. Une telle conception s'incarne par exemple dans l'opinion triomphante en doctrine de la validité de l'opération d'apport-donation : montage consistant à n'utiliser la technique de la structure sociale personnifiée que comme vecteur d'une transmission patrimoniale à titre gratuit d'un actif, offrant le bénéfice d'un traitement fiscal avantageux grâce au détour conceptuel qu'il implique à la personne morale d'une prétendue société⁷⁰².

264. Cet état du droit nous semble dans une large mesure résulter de la prise en compte insuffisante du phénomène d'émancipation des structures sociales personnifiées vis-à-vis de la société, concept originel de bornage du champ d'application de ces structures et maintenu formellement en tant que tel, malgré son évident assèchement et sa réduction à l'état de concept fossile. Le maintien de la présentation originelle d'un champ d'application de SSPRL borné par la *société* malgré son évident désaveu par le droit positif contemporain est ainsi néfaste car « à vouloir méconnaître la vérité, on se prive de toute base sérieuse pour une réforme nécessaire du droit des sociétés »⁷⁰³.

⁷⁰⁰ J. PRIEUR et A. HOUIS, « Sociétés civiles : les limites à l'instrumentalisation », *JCP N* 2015, 1230, spéc. n°1.

⁷⁰¹ V. HEUZÉ, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *Rev. crit. DIP* 2000, p. 589 et s., spéc. p. 601.

⁷⁰² V. *infra* n° 506 et s.

⁷⁰³ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd. LGDJ, 1951, n°45, p.108 ; rapp. J. PAILLUSSEAU, *Les fondements du droit moderne des sociétés*, *JCP G*, 1984, I, 3148, spéc. n°9 : « Si les fondements reconnus au droit des sociétés ne correspondent plus ni aux réalités socio-économiques de notre époque, ni même à l'évolution moderne du droit des sociétés, il convient, dès lors, de rechercher avec soin les véritables fondements sur lesquels repose ce nouveau droit, il convient aussi de réviser la conception que l'on a de la société et de dégager la notion moderne de la société. Une telle démarche est impérative ».

265. De ce fait, après s'être assuré de la rupture des SSPRL avec leur cadre conceptuel initial que formait la notion de société et qui est supposée servir de borne au champ d'application du bénéfice de la limitation de la responsabilité (Chapitre 1), on déplorera qu'en dépit des propositions doctrinales convaincantes émanant ce qui est parfois visé comme la « doctrine de l'entreprise », la matière n'a pas pour l'instant opéré le changement de paradigme qui lui serait pourtant salutaire, et faute duquel son champ d'application poursuit sa périlleuse dérive (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 - LE CONCEPT DE SOCIÉTÉ, OUTIL DE BORNAGE ILLUSOIRE DU CHAMP D'APPLICATION DES STRUCTURES À RISQUE LIMITE

« Nous ne le savions pas encore, mais la question avait basculé. Désormais, ce ne serait plus : pourquoi ? Ce serait : pourquoi pas ? (...) À la fin, fatigués d'une résistance dont ils ne voyaient plus le sens et qui d'ailleurs n'en avait plus, les membres patentés ouvrirent la porte à deux battants et tout le monde entra, ou s'apprête à entrer. Personne, bien sûr, n'est satisfait (...) et chacun sait que l'issue que l'on célèbre n'a été au fond voulue par personne, mais produite par un mécanisme que nul ne gouvernait. »

P. MANENT, *La raison des nations*⁷⁰⁴

266. Alors que les présentations courantes de la matière continuent inlassablement à présenter le droit des sociétés comme ordonnant autour du contrat éponyme diverses sortes de structures sociales qui en seraient peu ou prou des déclinaisons personnifiées, il apparaît manifeste que la place qu'occupe ce contrat tend à devenir de plus en plus marginale, essentiellement si l'on a égard au droit contemporain des structures sociales personnifiées à risque limité (SSPRL).

Il y a désormais longtemps que cette évolution est perçue et décrite, et nombreux sont les auteurs à avoir évoqué ce détachement des structures personnifiées vis-à-vis de leur lit originel. Déjà en 1950, Georges Ripert avait perçu que les sociétés de capitaux, auxquelles il consacrait l'une de ses plus célèbres et pénétrantes études, répugnaient à se fondre dans les logiques de la société⁷⁰⁵. Plus tard, Jean Paillusseau s'était attaché à faire évoluer nos représentations au crépuscule du XX^{ème} siècle en s'insurgeant contre une lecture du droit des affaires « à travers des conceptions et des

⁷⁰⁴ Gallimard, 2006, p. 62.

⁷⁰⁵ G. RIPERT, *op. cit.*, spéc. n°38 et s., p. 90 et s.

notions anciennes, qui sont encore celles du XIX^{ème} siècle, si ce n'est celles du droit romain » à l'instar de la société⁷⁰⁶.

Mais faute pour les instruments conceptuels de substitution qui furent proposés de réunir un consensus suffisant, ou faute pour eux de s'avérer suffisamment opératoires, l'inertie doctrinale et législative semble avoir triomphé et c'est toujours au travers du prisme de la société que les structures sociales personnifiées sont aujourd'hui encore présentées.

267. Puisque la société constitue le prisme conceptuel essentiel au travers duquel on appréhende les structures sociales personnifiées, c'est à cette notion qu'est encore confié le rôle de borner le champ d'application de ces structures. Quelques formalités constitutives mises à part, ce serait donc l'existence d'un contrat de société qui conditionnerait l'octroi de la personnalité morale que ces structures organisent. Et le champ d'application de la limitation de responsabilité que certaines d'entre elles offrent serait donc indexé sur cette notion de société.

268. Pourtant, dans l'ombre de ces représentations classiques, une multitude d'évolutions juridiques semblent bel et bien avoir sapé la place effective occupée par la société dans le droit des structures sociales personnifiées et en particulier des SSPRL, au gré essentiellement des ambitions d'adapter la matière à divers impératifs d'efficacité ou de performance économique. Aussi, la prétendue nécessité du contrat de société pour la constitution et le fonctionnement d'une SSPRL semble aujourd'hui relever du mythe malgré son maintien formel au rang de principe au sein des lois, de la jurisprudence et de la science du droit. La prise de conscience de cet état du droit révèle alors la béance des conditions d'accès à ce régime de limitation de responsabilité qu'offrent ces structures, lequel s'avère pourtant d'une gravité exceptionnelle.

269. Afin d'illustrer cette rupture entre SSPRL et contrat de société, il conviendra d'abord de présenter différents phénomènes de droit positif des SSPRL qui heurtent de front les différents éléments essentiels du contrat de société et qui témoignent en ce sens du

⁷⁰⁶ J. PAILLUSSEAU, « Le big bang du droit des affaires à la fin du XX^{ème} siècle », *JCP G* 1988, I,

défaut de nécessité de ces éléments pour la constitution ou le fonctionnement d'une SSPRL (Section 1). Ensuite ce sont aux sanctions susceptibles de garantir ce champ d'application des SSPRL, lequel est prétendument assis sur les exigences de la société, qu'il conviendra de prêter attention car des entraves dont elles sont l'objet découlent leur inaptitude à maintenir l'effectivité des exigences dont elles sont supposées assurer le respect (Section 2).

270. Remarques subsidiaires relatives à la théorie de l'institution – Sans doute, certains penseront notre démarche naïve ou menant un combat d'arrière garde, l'éloignement du contrat de société vis-à-vis des sociétés de capitaux est en effet le pivot de la « conception institutionnelle » des sociétés, laquelle fait presque figure aujourd'hui de lieu commun⁷⁰⁷. Mais la portée précise de cette théorie qu'il est généralement de coutume d'accueillir avec bienveillance tout en insistant malgré tout sur la nécessité de ne pas méconnaître la vérité que porte également la conception contractuelle, apparaît au vrai bien évanescence et semble essentiellement servir à s'accommoder, d'un air entendu, de tout phénomène heurtant les principes du contrat de société, sans offrir de véritable prisme d'explication alternatif du droit des sociétés⁷⁰⁸ à la manière de la vertu dormitive que les médecins de Molière reconnaissent à l'opium⁷⁰⁹.

Surtout, il convient de remarquer que c'est essentiellement au « mécanisme » contractuel de la société que la conception institutionnelle s'oppose⁷¹⁰, et non pas au

n°3330 et s., spéc. n°86.

⁷⁰⁷ À propos de cette théorie, v. not. Emile GAILLARD, *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, th. Lyon, 1932 ; G. RENARD, *La Théorie de l'institution – Essai d'ontologie juridique*, Premier volume – partie juridique, Paris, Sirey, vol. I, 1930 ; et v. J. CL. MAY, « La société, contrat ou institution » in *Contrat ou institution, un enjeu de société*, LGDJ 2004, p. 122 et s. ; J. P. BERTEL, « Le débat sur la nature de la société », *Études A. Sayag*, Litec 1997, p. 131 et s.

⁷⁰⁸ Rappr. en ce sens, M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, 32^{ème} éd., n°10 p. 3 qui font remarquer que « l'institution, telle qu'elle est vue en droit des sociétés, s'apparente davantage à une idée ou à une image qu'à une véritable théorie car elle ne détermine aucun régime juridique précis ». F. DEBOISSY, « Le contrat de société », in *Le contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. LV, Société de Législation Comparée, 2005, p. 119 et s., spéc. p. 129, note 42 : « l'institution, telle qu'elle est utilisée en droit des sociétés, s'apparente davantage à une idée ou à une image qu'à une véritable théorie dont on a souligné avec raison qu'elle était floue et ne déterminait aucun régime juridique précis ». V. M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, 2^{ème} éd., Montchrestien, 1992, n°21. Et rappr. enfin, bien que trouvant *in fine* une certaine utilité à la notion, J. PAILLUSSEAU, « L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *JCP* 1986, I, n°3242, spéc. n°133.

⁷⁰⁹ V. Le malade imaginaire, III.

⁷¹⁰ Par exemple, V. J. PAILLUSSEAU, « L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *JCP* 1986, I, n°3242, spéc. n°133.

contenu conceptuel du contrat de société, qui pourra quant à lui être repris par les conceptions institutionnelles ou s'accommoder de celles-ci.

Nous voulons dire ici que la théorie institutionnelle sera essentiellement invoquée pour rendre compte des phénomènes qui heurtent la logique structurelle du contrat (rencontre de volontés, objet défini, etc.), et cette théorie servira essentiellement partant, à expliquer quelques mécanismes du droit des structures personnifiées tels que la fongibilité des participants à une société par actions, la prise en considération d'un intérêt de la société distinct de l'intérêt personnel de ses membres ou encore la prise de décision à la majorité⁷¹¹, voire le phénomène des sociétés unipersonnelles, qui paraissent inconciliables avec la figure contractuelle.

Mais la théorie institutionnelle ne semble pas en son principe entrer en contradiction avec les diverses notions constitutives du contrat de société (apports, *affectio societatis*, vocation aux bénéficiaires, etc.), de sorte que c'est une « conception institutionnelle de la société » qui sera généralement défendue, soit une logique s'appropriant les concepts du contrat de société tout en les isolant de la logique contractuelle dont ils sont issus.

271. D'ailleurs, remarquons que de manière quasi unanime, la doctrine souscrit à une conception qualifiée de « mixte » qui reconnaît une vertu explicative tout à la fois à la conception contractuelle et à la conception institutionnelle et qui généralement retient la nécessité d'un contrat de société sous-jacent à la structure personnifiée, mais dont le fonctionnement sera gouverné par les règles de l'institution⁷¹².

Aussi, les propos qui vont suivre et qui s'attacheront essentiellement à montrer que les concepts essentiels de la société ne sont nullement des prérequis nécessaires à la constitution et au fonctionnement des SSPRL, ne pourraient être simplement déduits de l'approche institutionnelle (ou « mixte ») de la société.

⁷¹¹ V. Emile GAILLARD, *th. cit.*

⁷¹² V. par exemple G. RENARD, *La Théorie de l'institution*, *op. cit.* t. 1, p. 437 selon qui le contrat de société est « à l'origine de l'institution » et lui demeure par la suite « sous-jacent » ; encore E. GAILLARD, *op. cit.* p. 37 ; et v. JP. BERTEL, *art. cit. spéc.* p. 141 et s. qui recense les innombrables manifestations de rattachements de la doctrine à cette conception mixte.

Section 1 - La disparition des critères du contrat de société

272. Il est aisé de prendre conscience du phénomène d'émancipation des structures sociales personnifiées à responsabilité limitée vis-à-vis de la notion de société ; au vrai, aucun des critères essentiels à la notion de société ne paraît encore doté d'un caractère de nécessité en SSPRL et afin d'illustrer ce mouvement il sera possible de confronter chacun des éléments essentiels du contrat de société à quelques pans de régime positif de SSPRL avec lesquels ils paraissent inconciliables.

Ni l'apport (Sous-section 1), ni l'*affectio societatis* (Sous-section 2), ni la vocation aux résultats sociaux (Sous-section 3) pourtant bel et bien essentiels à la société, ne paraissent en effet nécessaires à la constitution ou au fonctionnement d'une SSPRL ainsi que pourront en attester les divers phénomènes de droit positif que nous évoquerons⁷¹³.

Chacun de ces critères prétendument essentiels, fait individuellement l'objet de vigoureuses controverses doctrinales qui naissent de la difficulté qu'il y a à les concilier avec des pans de réglementations de SSPRL sans cesse plus nombreux. Mis bout à bout, la somme de ces désaveux mine sensiblement la conception selon laquelle les SSPRL sont des « société » personnifiées, et cette dernière notion tend à ne plus devenir qu'« une simple technique entièrement déformable »⁷¹⁴.

⁷¹³ Remarquons que la notion d'« entreprise commune » est aujourd'hui présentée parfois comme l'un des éléments constitutifs du contrat de société (V. par exemple, P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.* 7^{ème} éd., n°242 et s., p. 185 et s. ; qui semblent se conformer à la nouvelle définition légale de la société en faisant figurer l'« entreprise commune » parmi les éléments essentiels de celle-ci. On peut cependant remarquer que d'autres présentations contemporaines s'en tiennent à une définition classique de la société et n'ont pas recours à cette notion moderne d'« entreprise commune », v. par exemple Ph. MERLE, A. FAUCHON, *Sociétés commerciales, op. cit.* 23^{ème} éd., n°35, p. 49) notamment depuis qu'en 1985, le législateur l'a intégrée à la définition qu'en donne l'article 1832 du Code civil. Nous aurions pu dès lors en traiter ici à l'instar des autres éléments essentiels de ce contrat dont il sera question.

Nous n'aborderons cependant pas ici cette notion et lui réservons un traitement ultérieur dans le cadre d'interrogations quant à son aptitude à se substituer à la notion de société en tant que fondement et pivot du droit des SSPRL

V. *infra* Chapitre 2.

⁷¹⁴ P. LE CANNU, « Monsieur de Saint Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du Code civil », *BJS* 2012, n°9 p. 672 et s., spéc. n° 5.

Sous-Section 1 - L'apport

273. De manière symptomatique de l'éloignement du régime des SSPRL vis-à-vis du contrat de société, l'exigence d'apport paraît avoir perdu toute impérativité en droit des SSPRL ; avant de s'en convaincre par l'observations de différents phénomènes de droit positif (§2), il peut être utile de rappeler d'un mot les raisons qui en font une notion pourtant essentielle à la société (§1).

§ 1. Importance et fondements de l'exigence d'apport dans le contrat de société

274. **Un élément traditionnellement qualifié de fondamental** – Il est parfois prétendu que l'exigence d'apport se situerait à la croisée d'autres notions matricielles de la société – ainsi notamment de la participation aux pertes, ou de *l'affectio societatis*⁷¹⁵ – auxquelles elle est parfois même réduite⁷¹⁶. Sans prendre part à cette controverses et à s'en tenir à une approche classique, l'apport est généralement considéré, en soi, comme essentiel à la qualité d'associé⁷¹⁷ et reconnu, depuis le droit romain⁷¹⁸ jusqu'à notre actuel article 1382 du Code civil, comme indispensable à tout contrat de société. Il est ainsi généralement admis que « sans apport, il ne saurait y avoir d'associé, et sans apport par des associés, il ne saurait y avoir de société »⁷¹⁹.

⁷¹⁵ Rappr. H. BLAISE, *L'apport en société*, Sirey 1955, p. 16-17 ; A. VIANDIER, La notion d'associé, préf. F. TERRÉ, LGDJ 1978, n°159, p. 156 et s.

⁷¹⁶ V. sur cette question not. Th. MASSART, « La société sans apports » in *Études de droit privé, Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica 2008, p. 289 et s., spéc. p. 292 et s.; rappr. H. BLAISE, *op. cit.*, n° 8, p. 16 et s. ; Ph. MERLE, A. FAUCHON *Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit.*, 23^{ème} éd. p. 51, n° 38 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 208, p. 75, ; rappr. également A. VIANDIER, *th. cit.*, n°159, p. 157 et les références citées.

⁷¹⁷ V. par ex. A. VIANDIER, *La notion d'associé, th. cit.* 158, n° 160 et s. ; encore H. BLAISE, *L'apport en société, th. préc.*, n° 6 ; Y. CHARTIER, *Droit des affaires*, t. II, *Sociétés commerciales*, PUF 1988., p. 61, n° 16 ; D. VIDAL, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd. LGDJ, 2010, n°35, p. 34 ; v. également les actes du colloque « L'apport en société dans tous ses états », *BJS* 2009, p. 1148, § 232 et s. V. encore, pour une illustration de l'affirmation de ce principe en jurisprudence : Cass. req., 6 avr. 1853 : *D. P.*, I, p. 193 : « l'élément fondamental et nécessaire de tout contrat de société, civile ou commerciale, est la mise en commun d'une chose » ; rappr. encore Cass. com. 12 mars 2002, *Droit des sociétés*, 2002, n°148, n. F.-X. LUCAS.

⁷¹⁸ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1911, Dalloz 2003, p. 563. L'apport était d'ailleurs tout autant considéré comme indispensable dans l'Ancien Droit : v. R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de société*, Letellier, 1807, p. 5, n° 8.

⁷¹⁹ D. SCHMIDT, « les lois du 1^{er} aout 2003 et le droit des sociétés », *D.* 2003, p. 2618 et s., spéc. p. 2619 ; plus généralement, v. en ce sens, Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et Sociétés*, *op. cit.* p. 98, n° 99 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.* n°208, p. 75 ; M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, Montchrestien, p. 34, n° 63 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires*, t. II, *Les sociétés commerciales, op. cit.*, par M. GERMAIN et V.

À s'en tenir au strict contrat de société, il semble possible d'expliquer cette exigence par deux raisons majeures.

275. L'apport nécessaire à l'activité objet de la société – En premier lieu, le contrat de société ayant en principe vocation à organiser les rapports entre les personnes intéressées à une activité lucrative – une « entreprise » selon la conception moderne de la société⁷²⁰ – il semble raisonnable de postuler qu'une telle activité ne puisse exister sans un minimum de moyen à sa base. Qu'il s'agisse de richesses matérielles ou de travail, l'activité source de profit en vue du partage duquel les associés s'engagent⁷²¹ ne peut émerger du néant et l'on peut alors estimer nécessaire qu'un certain nombre de biens, ou d'« industries », lui soient affectés⁷²² ; dit autrement, on admettra que « des apports minimums sont nécessaires, lors de la constitution, pour amorcer la pompe qui alimentera l'entreprise en fonds propres »⁷²³. Par voie de conséquence, l'exigence d'apport serait inhérente à l'existence d'une activité lucrative, dont l'organisation constitue l'objet même du contrat de société⁷²⁴.

276. La fonction structurante de l'apport – En second lieu – et cette seconde justification constitue vraisemblablement le corollaire de la première – l'apport est essentiel à la qualité d'associé car il est la contrepartie et la justification de nombreux

MAGNIER, n° 1549, p. 45 ; J. MESTRE et D. VELARDOCCHIO (dir.), *Lamy Sociétés commerciales*, op. cit., n° 274 ; J. HAMEL, G. LAGARDE et JAUFFRET, *Droit commercial*, t. 1, vol. 2 : Sociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques, 2^{ème} éd., 1980, Dalloz, n° 387. Et v. pour un exemple en jurisprudence, Cass. Req. 15 déc. 1920, S. 1924, 1, 17.

⁷²⁰ L'article 1832 du Code civil définit désormais la société comme le contrat ayant vocation à organiser les rapports des parties à une « entreprise commune » ; v. sur cette question *infra* Chapitre 2.

⁷²¹ « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter », art. 1832 du Code civil.

⁷²² Rapp. R. LIBCHABER, « La société, contrat spécial », *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 281 et s., spéc. n°7, p. 288.

⁷²³ Y. GUYON, « La mise en harmonie du droit français des sociétés avec la directive des communautés européennes sur le capital social », *JCP G* 1982, I, 3067, n°1.

⁷²⁴ V. par exemple en ce sens A. VIANDIER, *th. cit.* n°157, p. 155 : « comment réaliser un bénéfice sans apports ? Même les gains laissés aux caprices de la fortune exigent une mise de départ. Sans apport, il n'est pas de bénéfices possible ». V. encore P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, t.1, *Introduction générale, l'entreprise commerciale*, Economica, 2005, n° 245 et s., p. 236 et s ; également M. GERMAIN et V. MAGNIER (dir.), « L'apport en société dans tous ses états », *BJS* 2009, p. 1148 s. ; rapp. F. GORÉ, « La notion de capital social », *Mélanges R. Rodière*, Dalloz 1981, p. 85 et s., spéc. n°27 et s., p. 95 et s ; encore, J. PAÏLLUSSEAU, *th. cit.* p. 5 : « ainsi par l'apport en société, l'entreprise voit mettre à sa disposition l'ensemble des biens qui lui sont nécessaires pour produire d'autres biens, pour les transformer et les distribuer ».

droits de l'associé et en particulier de son droit aux bénéfices⁷²⁵, traditionnellement analysé comme la cause de l'engagement d'associé⁷²⁶.

S'il est entendu en effet que l'activité, objet du contrat de société, doit son existence à la conjonction des richesses matérielles et des intelligences humaines ainsi qu'il vient d'être vu, il semble aller de soi que c'est à ceux qui sont à l'origine de cette conjonction créatrice que doit en échoir le produit, et partant sa maîtrise, ses fruits et le cas échéant, la responsabilité pour ses conséquences nuisibles.

On trouve ici à l'œuvre une logique profondément ancrée dans notre système juridique dont on peut par exemple trouver une trace en droit de la famille, au principe de la garde, de l'autorité et de la responsabilité parentale, ou encore en droit des biens et plus spécifiquement encore en droit de la propriété intellectuelle : le créateur a sur sa création un pouvoir de contrôle et de direction, et en assume partant la responsabilité comme il profite de ses éventuels bienfaits⁷²⁷.

C'est ainsi à ceux qui par l'apport de leurs biens ou de leur industrie ont donné naissance à cette activité que doit en échoir la maîtrise, la responsabilité et qu'en reviennent les fruits. C'est ce qui est fréquemment visé lorsqu'il est fait référence à la fonction dite « structurante »⁷²⁸ de l'apport dans la détermination des droits de chacun des associés, leurs droits pécuniaires respectifs étant en principe proportionnels à l'importance de leur apport⁷²⁹, et il en va de même encore bien souvent de leurs droits politiques⁷³⁰, comme de leur part de contribution aux pertes⁷³¹.

277. Fonction supplémentaire de l'apport en SSPRL – Il est également une autre justification à l'exigence d'apport dont on trouve parfois trace en doctrine et qu'il nous faut pour cette raison évoquer d'un mot. Elle est cependant liée à la personnification et

⁷²⁵ Entendons ici par convention la notion de bénéfices dans un sens large englobant l'idée d'économies.

⁷²⁶ V. F.-X. LUCAS, « Théorie des bénéfices et des pertes, clauses léonines », *J.-Cl. Sociétés*, Fasc. 15-30. n°8 ; L. BOYER, *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préf. J. MAURY, Sirey 1947, p. 213 ; J. ROUAST *La notion juridique d'apport en nature*, th. Paris 1949, p. 34 ; G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, 22^{ème} éd., n° 1522, p. 21 ; rapp. J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ 1999, spéc. n°162, p. 152 et s.

⁷²⁷ V. *supra* Partie 1.

⁷²⁸ V. not. C. BARRILLON, *Le critère de la qualité d'associé*, préf. M.-L. COQUELET, PUAM 2017, n° 205, p. 135.

⁷²⁹ V. art. 1843-2 et 1844-1 du Code civil.

⁷³⁰ C'est sur l'importance respective de l'apport de chacun qu'est en principe indexée la répartition des droits de vote dans les sociétés de capitaux (v. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, 32^{ème} éd., n°518, p. 224).

⁷³¹ V. art. 1844-1 du Code civil.

n'explique pas l'exigence d'apport dans le contrat de société qui nous occupe exclusivement à ce stade.

Cette justification a trait à l'idée d'une nécessité d'une mise minimale de biens dans le patrimoine social dès la constitution de la personne morale⁷³². Nécessité qui peut être parfois expliquée par des considérations purement théoriques – la personne morale naissante étant dotée d'un patrimoine, il serait nécessaire que des biens lui soient apportés pour constituer ce patrimoine⁷³³ – mais cette conception semble à l'évidence si peu convaincante qu'elle ne mérite pas davantage d'attention⁷³⁴. Elle est le plus souvent expliquée par des considérations pratiques tenant plutôt à la protection des créanciers (les apports réalisés par les associés constituant une masse de biens saisissables garante des agissements de la personne morale dès sa naissance)⁷³⁵.

Mais alors, on le comprend, cette justification est propre aux hypothèses de personnification et plus spécifiquement aux formes de personnification qui emportent un régime de limitation de responsabilité. Elle doit donc être cantonnée à ce champ d'analyse et ne saurait être sans réserve intégrée à une étude du droit commun de la

⁷³² V. not. sur ce point G. GOFFAUX-CALLEBAUT, entrée « Apport » in *Encyclopédie Dalloz Droit des sociétés*, n°13.

⁷³³ V. par exemple en ce sens, G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN, V. MAGNIER, *op. cit.*, 22^{ème} éd., n°1549, p. 45, qui donnent de l'apport la définition suivante : « L'apport en société est le *bien* qu'un associé s'engage à mettre à la disposition de la société en vue de l'exploitation. S'il n'y avait pas d'apports, mais seulement travail en commun, il y aurait *collaboration* et non société. Ce sont les apports qui constituent le patrimoine initial de la société. Toute société doit avoir un patrimoine puisqu'elle est une personne morale. Ces deux notions sont généralement liées dans le droit français ». Ainsi, selon ces auteurs, puisque « les apports constituent le patrimoine initial de la société » et que la société « doit » avoir un patrimoine, la société doit être dotée d'apports.

⁷³⁴ En effet, cette opinion semble prendre pour postulat qu'il ne peut logiquement exister de patrimoine vide : en substance, parce que la personne morale naissante est dotée d'un patrimoine, il serait nécessaire qu'elle dispose de biens dès sa constitution. Mais cette affirmation semble reposer sur une confusion évidente entre contenant et contenu car jusqu'à preuve du contraire il ne semble y avoir aucune impossibilité logique à l'existence d'un patrimoine vide – contenant sans contenu – comme en témoigne d'ailleurs la réalisation fréquente d'un tel cas de figure lorsque par exemple un enfant acquiert la personnalité juridique en venant au monde. Aussi, on remarque qu'une association, personne morale, peut être constituée sans apport, ce qui *a priori* démontre que sur un plan théorique, il n'y a aucune nécessité à ce qu'une personne morale soit dès sa constitution riche de biens.

⁷³⁵ Rapp. H. BLAISE, *op. cit.*, n°8, p. 18 ; T. MASSART, « La société sans apport », *art. cit.*, spéc. p. 302. On remarque que cette explication laisse hors de son champ l'apport en industrie – qui ne garantit nullement les dettes sociales.

Cette idée, selon laquelle les apports, du moins ceux compris dans le capital social, constituent un gage des créanciers sociaux est d'ailleurs de plus en plus fréquemment remise en cause. V. not. G. PARLEANI, « Le financement du capital, étude sur l'utilité de la notion et son devenir », *Rev. des sociétés* 2005, p. 13 ; L. NURIT-PONTIER, « La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences », *D.* 2003, p. 1612 ; v. plus généralement, A. COURET et H. LE NABASQUE (dir.) *Quel avenir pour le capital social ?*, Dalloz, 2004, Actes du colloque du Centre de droit financier de l'Université de Paris I, et particulièrement la contribution de P. LE CANNU, « Les rides du capital social », p. 4 et s.

société et de l'exigence d'apport en général, ainsi qu'on l'observe parfois. Elle est en effet insusceptible de constituer une explication à l'exigence d'apport du strict contrat de société. Nous n'en tiendrons donc pas compte ici, dans la mesure où l'objectif de cette démonstration étant de vérifier le postulat selon lequel les SSPRL reposent bien sur un contrat de société, seuls les critères du contrat de société nous intéressent à ce stade.

§ 2. L'éloignement du droit positif des SSPRL de l'exigence d'apport

278. Si l'apport occupe donc une place essentielle dans la définition du contrat de société et qu'il apparaît nécessaire que tous ceux qui prennent part à un tel contrat s'en acquittent, il ne paraît pas possible de prolonger ce constat dans le droit positif des SSPRL, signe probable d'un éloignement de ces structures vis-à-vis de leur champ conceptuel initial.

Après avoir envisagé quelques pans de régime de SSPRL qui illustrent ce mouvement (A), ce sont plus généralement les conséquences de la décision de suppression du minimum légal de capital social qu'il conviendra d'envisager, car celle-ci contribue certainement, bien qu'indirectement, à rendre l'exigence d'apport fantomatique (B).

A. Aperçu de quelques pans spécifiques de régime de SSPRL désavouant la nécessité d'un apport

279. L'observation du droit positif contemporain fournit assez facilement quelques illustrations topiques du défaut de nécessité de l'apport pour intégrer une SSPRL.

280. L'acquisition de titres à titre dérivé comme hypothèse désavouant l'exigence d'apport ? – En premier lieu, c'est naturellement la figure de celui qui devient associé « à titre dérivé » – celui qui par exemple tient ses parts ou actions d'une cession, ou encore la figure de l'ayant cause à titre universel d'un associé – qui peut venir à l'esprit au titre

d'une manifestation du désaveu de l'exigence d'apport⁷³⁶. En effet, celui qui intègre la SSP en cette hypothèse ne réalise aucun apport à la société puisqu'il tient ses droits comme son titre d'associé d'une opération transmissive.

Cela dit, la portée de ce prétendu désaveu mérite vraisemblablement d'être largement relativisée. Quelle que soit en effet la réponse que l'on apporte à la question de la nature précise de la cession de parts ou d'actions⁷³⁷, on s'accordera à reconnaître que celle-ci emporte, d'une manière ou d'une autre, une substitution du cessionnaire dans la « position » du cédant⁷³⁸ ; or, en remontant la chaîne des transmissions successives, il sera en principe toujours possible de trouver un apport à l'origine des parts ou actions transmises.

Aussi, si celui qui tient ses droits et son statut d'associé d'une acquisition à titre dérivé ne réalise personnellement aucune opération d'apport, il n'en reste pas moins qu'il viendra en principe toujours aux droits d'un apporteur dans la position duquel il est substitué.

Venant aux droits et « à la position » de l'apporteur de manière plus ou moins immédiate, son statut d'associé reste en principe adossé à un apport. En d'autres

⁷³⁶ Rappr. C. BARRILLON, *th. cit.*, n°495 et s. p. 297 et s.

⁷³⁷ La question de la nature de l'opération de cession de droits sociaux est largement discutée. On a pu ainsi par exemple parler récemment de « cession de position sociétaire » (v. S. LACROIX-DE SOUSA, *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, th., préf. M.-E. ANCEL, L.G.D.J., 2010 ; rappr. M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, *Economica*, 2002, préf. L. AYNÈS, n°382, note 8 qui parle de « cession de la qualité de partie à un contrat associatif »), ou de cession de la « qualité d'associé » (v. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2018, n°852, p. 478 qui entendent bien distinguer la notion de « cession de la qualité d'associé » de celle de « cession de partie contractante au contrat de société »). Plus « classiquement », certains parlent de cession de contrat (v. par ex. R. LIBCHABER : « Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux », in *Mél. Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 717, spéc. p. 723 ; également en ce sens, P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. de L. AYNÈS, LGDJ 2007, n°1079) ou enfin, plus classiquement encore, de cession de créance (v. not. F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, préf. L. LORVELLEC, LGDJ, 1997, n° 433, p.219-220).

⁷³⁸ Quelles que soient les nuances que l'on peut projeter dans les distinctions conceptuelles évoquées (note *supra*) et la qualification que l'on retient de l'opération de cession, il reste que le cessionnaire de parts ou d'actions se trouve en principe « dans la même position » que le cédant vis-à-vis de la société et des associés et que, d'une manière ou d'une autre, il prend la place de ce dernier. Les droits pécuniaires et politiques du cessionnaire ne seront en effet, ni plus ni moins que ceux que son auteur détenait. Le cessionnaire pourra également être tenu des obligations de son auteur, en particulier de la libération de la portion d'apport que le cédant aurait omis de verser (v. L228-28 du Code de commerce en matière de société par action ; v. J. MESTRE, A.-S. MESTRE-CHAMI, D. VELARDOCCIO, *Lamy société commerciales*, 2018, n°186). Encore, on sait que l'alinéa 3 de l'article 1844-9 du Code civil prévoit la restitution en nature des biens subsistants lors du partage à ceux qui en avaient initialement fait l'apport. Or, il semble qu'il convienne de faire bénéficier de ce droit à la restitution en nature, non seulement l'apporteur lui-même, mais encore ses ayants droits (sous réserve bien entendu de pouvoir identifier ceux qui viennent aux droits de l'apporteur originel et que les droits de celui-ci n'aient pas été dispersés ; v. en ce sens *in fine* P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.* 7^{ème} éd., note 132 p. 447 sous n°620).

termes, le cessionnaire n'aurait pu acquérir la qualité d'associé si celui aux droits desquels il vient n'avait pas lui-même réalisé d'apport.

Dès lors, à la réflexion, le phénomène de l'acquisition du statut d'associé « à titre dérivé » ne nous paraît pas une illustration pertinente du désaveu de l'exigence d'apport en droit positif des structures sociales personnifiées⁷³⁹.

281. Attribution gratuite d'actions – Est plus justement à inscrire dans cette ligne d'analyse, le mécanisme d'attribution d'actions gratuites aux salariés et mandataires sociaux prévu à l'art. L225-197-1 du Code de commerce et applicable à l'ensemble des sociétés par actions⁷⁴⁰. En cette hypothèse, l'acquisition d'actions a lieu, par définition, sans aucune contrepartie, et donc sans le moindre apport de la part de ces nouveaux actionnaires⁷⁴¹, lesquels ne peuvent être considérés comme venant aux droits d'un apporteur. Par un mécanisme qui « ne manque pas de surprendre »⁷⁴², c'est la société elle-même qui s'acquittera du coût de l'augmentation de capital corrélatif à cette distribution gratuite d'actions.

282. Amortissement de capital – On peut encore percevoir une manifestation du déclin de la portée de l'exigence d'apport en SSPRL dans le mécanisme de l'amortissement de capital qui, dans les sociétés par actions⁷⁴³, permet aux actionnaires de se faire restituer la valeur de l'apport que leurs actions représentent en cours de vie sociale, sans qu'une telle opération n'impacte pour autant l'existence de la structure personnifiée non plus que la situation individuelle de ceux qui y recourent⁷⁴⁴. À compter de cette opération, l'actionnaire – porteur désormais d'actions de jouissance – verra en substance sa situation inchangée alors pourtant que son apport ou du moins la valeur de celui-ci lui aura

⁷³⁹ *Comp.* dans l'hypothèse de cession à titre gratuit : J. LEDAN, « Nouveau regard sur la condition d'associé », *Rev. sociétés* nov. 2010, étude 17, spéc. n°5.

⁷⁴⁰ V. art. L225-197-1, I, et par renvoi art. L226 al. 2 et L227-1 al. 3 du Code de commerce. Sur ce mécanisme, v. J.-PH. DOM « L'attribution gratuite d'actions », *BJS* 2005, p. 188 ; Y. GUYON, « La distribution gratuite d'actions aux salariés », *JCP* 1982, I, 3006 ; A. VIANDIER, « La loi créant une distribution gratuite aux salariés », *Rev. Sociétés* 1981, 475 et s ; Th. BONNEAU, « L'acquisition de la qualité d'actionnaire par le salarié dans le plan d'épargne entreprise », *BJS* numéro spécial « Le salarié, sujet de droit des sociétés », juillet 2005, p. 29.

⁷⁴¹ V. T. MASSART, « La société sans apport », *Mél. P. Didier, art. cit.*, spéc. p. 291.

⁷⁴² T. MASSART, « La société sans apport », *Mél. P. Didier, art. cit.*, spéc. p. 301 ; v. aussi A. THEIMER, « Emission d'actions gratuites au profit des salariés et des dirigeants, la problématique de la souscription », *JCP E* 2005, p. 807.

⁷⁴³ Art. L225-198 et s. du Code de commerce relatif à la SA mais applicable aux SAS et SCA (L227-1 al.3 et L226-1 al.2 du Code de commerce).

⁷⁴⁴ V. A. VIANDIER, *op. cit.*, n°30 et s., p. 41 et s ; rappr. également J. HAMEL, « Quelques réflexions sur le contrat de société », *Mélange J. Dabin*, Bruylant, Sirey, 1963, p. 652.

été restituée, il continuera ainsi de bénéficier du droit de participer aux délibérations et au partage des bénéfices ainsi que de toutes les autres prérogatives attachées à la qualité d'associé – à l'exception toutefois, naturellement, du droit de se voir restituer son apport au terme de la société⁷⁴⁵. À compter de ce jour partant, l'actionnaire cesse d'être apporteur⁷⁴⁶ sans que cette circonstance ne perturbe le fonctionnement de l'institution ni n'affecte véritablement son statut.

283. A la marge, remarquons que ce mécanisme d'amortissement de capital semble inconciliable avec les principes du contrat de société sous un autre prisme : celui de la contribution aux pertes. En effet, via l'amortissement de capital, l'associé se fait restituer l'apport dont le risque de perte était justement supposé caractériser la mesure de son risque social. Dès lors que l'opération d'amortissement met fin au risque de perte de l'apport puisqu'elle en organise la restitution, l'actionnaire apparaît donc soustrait au risque social.

B. Les conséquences de la suppression de l'exigence de capital social minimal :

284. Suppression de l'exigence de capital social minimal – Dans les structures à risque limité, à l'exception pour l'instant de la société anonyme⁷⁴⁷ ainsi que, par renvoi, de la société en commandite par action, le législateur a fait le choix de supprimer l'exigence de capital social minimal⁷⁴⁸.

⁷⁴⁵ Il sera également privé du droit au premier dividende : art. L225-199 du Code de commerce.

⁷⁴⁶ Rappelons que l'apport implique une mise à disposition, qui est une prestation « à exécution successive », et non instantanée (v. M. BUCHBERGER, *Le contrat d'apport. Essai sur la relation entre la société et son associé*, préf.

M. GERMAIN, éd. Panthéon-Assas, 2011, n°150, p. 138) ; ainsi, à l'instar du bail ou du prêt, l'apport cesse avec la fin de la mise à disposition et la restitution.

⁷⁴⁷ On sait que l'idée de supprimer l'exigence de capital social minimal en matière de SA est régulièrement discutée devant le législateur européen notamment. L'exigence de capital minimal étant toutefois jusqu'à maintenant jugée essentiellement « inutile mais non nocive » pour reprendre les mots d'un auteur (G. PARLEANI « Le financement du capital, étude sur l'utilité de la notion et son devenir », *Rev. des sociétés* 2005, p. 13), son maintien semble s'expliquer par une simple volonté de prudence : v. la communication de la Commission, du 21 mai 2003 (Com (2003) 284 final), spéc. §19, et le rapport dit Winter « Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés » du 4 nov. 2002. V. égal. P. LE CANNU, « La révision de la deuxième directive », *Rev. Sociétés* 2005, p. 19 et s.

En France, une part de la doctrine milite pour abolir cette exigence de capital social minimal : v. not. G. PARLEANI, *ibid* ; K. RODRIGUEZ, « L'attractivité du droit des sociétés », *BJS* 2004, p. 330 et s.

⁷⁴⁸ Tout d'abord en matière de SARL par la loi n° 2003-721 du 1 août 2003 pour l'initiative économique, puis en matière de SAS par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME).

De prime abord, on pourrait s'étonner de nous voir évoquer ici cette évolution car il n'y a *a priori* dans cette mesure nulle trace d'un quelconque désaveu de la conception traditionnelle de l'apport telle qu'issue du contrat de société. Au contraire, on pourrait même en un sens déceler dans la suppression du montant minimal de capital la marque d'un renouement avec l'approche « contractualiste » de la société⁷⁴⁹ : il est rare en effet qu'un contrat voit sa validité conditionnée à un montant minimal de l'opération qu'il réalise ou de l'une des prestations qu'il organise ; et il n'a jamais en ce sens été question par exemple d'exigence minimale de prix dans la vente⁷⁵⁰, non plus que d'exigence minimale d'apport dans le strict contrat de société non personnifié.

L'exigence de capital social minimal est en effet une mesure qui s'explique traditionnellement pour l'essentiel par un objectif de protection des créanciers des structures à responsabilité limitée⁷⁵¹. Propre à ce type de structure, elle n'est nullement inhérente au contrat de société. On pourra donc légitimement s'étonner de nous voir prendre argument de la suppression de cette exigence pour illustrer le déclin des critères du contrat de société dans les structures sociales personnifiées contemporaines.

285. La pratique des structures sociales constituées d'apports symboliques – Ce n'est toutefois pas tant dans la mesure de suppression de l'exigence d'un minimum de capital social elle-même que réside la manifestation du déclin de l'exigence d'apport en droit des structures sociales personnifiées, que dans la pratique dont cette mesure a permis

⁷⁴⁹ En ce sens, G. SERRA, « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1er août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? », *BJS* 2004, p. 915 s., spéc. n°4 : « L'abolition d'un seuil minimal légalement fixé renforce la dimension contractuelle des sociétés au détriment de leur aspect institutionnel ». V. *contra* C. BARRILLON, *op. cit.* n°495, p. 297 : « Il serait, à notre avis, erroné de tirer argument de la suppression du capital minimum dans certaines sociétés pour contester le caractère fondamental de l'apport ».

⁷⁵⁰ Tant que son montant n'est pas franchement dérisoire au point qu'il doit être assimilé une absence de prix (v. not. sur cette question du vil prix dans la vente F. COLLART-DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd. 2019 n°145, p. 161 et s. et *infra*.

⁷⁵¹ V. *supra* n°277 et note 735 et *infra* n°725, également F. GORÉ, « La notion de capital social », *Mélanges R. Rodière*, Dalloz 1981, p. 85 et s., spéc. n°22 p. 91 ; *Dictionnaire Lamy, Droit du financement*, 2017, n°428 et s., p. 231. Dans une moindre mesure, précisions que le capital social peut également être considéré comme jouant une fonction de garantie des créanciers dans les structures à risque illimité (v. A. LECOURT, V° « Capital social » in *Rep. Dalloz Sociétés*, n°20).

l'émergence : celle de la constitution de structures dotées d'un montant de capital social purement symbolique⁷⁵², et donc d'apports purement symboliques⁷⁵³.

En effet, l'apport étant dans ce type de structures la mesure de la responsabilité des associés, il est naturellement dans l'intérêt de ceux-ci d'apporter par ce biais le moins de richesse possible⁷⁵⁴.

Aussi, la suppression d'un montant minimal de capital dans ces structures s'est accompagnée du développement d'une pratique consistant à ne doter la structure sociale que d'une somme purement symbolique de capital⁷⁵⁵ – et donc d'apports symboliques de l'ensemble des associés⁷⁵⁶ –, somme évidemment sans lien avec les

⁷⁵² Il est délicat d'évaluer l'importance de cette pratique. Sans plus de précision, un auteur affirme qu'elle demeure marginale (J. LEDAN, « Nouveau regard sur la notion d'associé », *Dr. sociétés* 2010, étude 14, .spéc. n°7), un autre au contraire, qu'elle tend à se développer (T. MASSART, « La société sans apport », *art. cit.*, .spéc. p. 290). Il est possible de croire que si le développement d'une telle pratique a pu dans un premier temps être contenue à raison du risque auquel s'exposaient les dirigeants de telle sociétés, de voir leur responsabilité engagée pour insuffisance d'actif, le récent revirement de jurisprudence sur ce point (Cass. com. 10 mars 2015, n° 12-15.505, v. *infra*) conduira certainement à l'intensification de cette pratique, v. *infra* n°606. On observe en tout cas, grâce à la banque de donnée Diane (<https://www.bvdinfo.com/fr-fr/our-products/company-information/national-products/diane>), qu'en février 2018, sur les 1 686 327 sociétés à risques limités recensées, 7 112 étaient dotées d'un capital social inférieur à 10 € ; 20 599 d'un capital inférieur à 100 €. On suspecte évidemment que dans ces hypothèses, les quelques euros apportés soient sans rapport aucun avec les besoins de l'entreprise. Et pour illustrer ces statistiques, il est possible d'évoquer la SAS PEPSICO MANAGEMENT SERVICES (Siren n°517 598 231) dotée d'un capital d'un euro pour un chiffre d'affaire en 2016 de 11 035 046 €, ou encore parmi les anonymes, l'EURL « Solaire les Mees I ». (Siren n°501 557 177), dont l'activité de « construction et d'exploitation d'une unité de production électrique solaire », généra un chiffre d'affaire de 6 331 900 € en 2016, activité pourtant financée par un apport d'un seul euro ; ou enfin, la SASU Alberta SAS (Siren n°788 951 127), dont l'activité est le négoce d'aéronefs qui dégagera un chiffre d'affaire de près de 15 millions d'euros en 2016, pour un capital d'un euro encore.

V. encore pour des statistiques plus anciennes, le rapport Observatoire des SARL « initiative économique », *Bilan de l'année 2005*, Etudes du greffe du Tribunal de commerce de Paris, p. 1, cité par S. SCHILLER, « Bilan très positif des SARL à moins de 7500 € de capital social », *Gaz. Pal.* 27 déc. 2007, p. 3961 et s.

⁷⁵³ Le capital social n'est constitué que des apports en nature et en numéraire. Un capital social nul correspondra donc en principe à un défaut d'apport de ces types. Mais on remarquera toutefois que l'apport en industrie n'étant pas pris en compte dans la détermination du capital social, il serait théoriquement possible qu'une société soit dotée d'un capital social nul alors pourtant que l'ensemble des associés fourniraient un véritable apport en industrie. (V. plus généralement sur l'absence de corrélation nécessaire entre apport et capital social, notamment, H. LE NABASQUE, « La fin de la connexion apports/capital ? » in *Quel avenir pour le capital social*, *op. cit.*, p. 103 et s.). Bien qu'une telle hypothèse semble purement théorique, on peut admettre qu'elle puisse exceptionnellement se réaliser. En règle générale toutefois, une structure sociale dotée d'un capital social nul ou symbolique, témoignera en réalité d'une société constituée sans apports ou dotée d'apports symboliques.

V. *contra* C. BARRILLON, *op. cit.* n°495, p. 297 : « Il serait, à notre avis, erroné de tirer argument de la suppression du capital minimum dans certaines sociétés pour contester le caractère fondamental de l'apport. Il est une chose de considérer que l'apport ne remplit plus la fonction de constitution d'un droit de gage général efficace pour les créanciers, fonction qu'il occupait par le passé ; il en est une autre d'affirmer que l'exigence d'apport a disparu ».

⁷⁵⁴ V. *infra* Titre 2, Chapitre 1, Section 2, n° 587 et s.

⁷⁵⁵ V. *supra* note 752.

⁷⁵⁶ V. toutefois *supra* note 753.

besoins de financement de l'activité concernée⁷⁵⁷ et qui ne saurait, à l'évidence, remplir les fonctions de l'apport en société.

Or, dès lors que le droit positif se satisfait de ce type de montage⁷⁵⁸ où les associés n'apportent qu'une somme absolument dérisoire et sans commune mesure avec les besoins de l'activité, est-il véritablement raisonnable de continuer à présenter l'apport comme une condition d'accès à ces SSPRL tant l'exigence paraît purement formelle⁷⁵⁹ ? Sans doute faut-il voir plutôt avec Ripert, dans cette approche qui consiste à « s'en tenir à l'ordre juridique formel sans donner une véritable vie au texte qui impose la règle » rien de plus qu'« une manière plus subtile de ne pas appliquer les lois »⁷⁶⁰.

286. Car à l'évidence, ainsi que l'écrivait M. Dominique Schmidt⁷⁶¹ au lendemain de la loi supprimant l'exigence de capital minimum en SARL, « apporter un euro, ou un centime d'euro, c'est faire un geste symbolique mais non faire un apport », ce dont l'auteur déduisait que ces hypothèses ne faisaient que consacrer des personnes morales dépourvues de société⁷⁶². On ne peut que souscrire à cette analyse en faisant observer par comparaison, qu'avec une bienvenue constance, notre droit positif assimile par exemple à un défaut de prix de la vente, la somme d'un montant à ce point dérisoire qu'elle en devient impropre à jouer le rôle de contrepartie⁷⁶³. La logique contractuelle ne se paye pas de mots en se

⁷⁵⁷ V. par exemple en ce sens, P. LE CANNU, « Monsieur de Saint Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du Code civil », *BJS* 2012, n°9 p. 672, spéc. n°14.

⁷⁵⁸ On relèvera toutefois que les tribunaux ont déjà eu l'occasion de sanctionner la « sous-capitalisation » de la société sur le terrain de l'action en comblement de passif mais d'une part, il ne s'agit que d'engager la responsabilité du dirigeant – laissant ainsi la structure intacte en dépit du défaut supposé d'apports ; et d'autre part, cette jurisprudence semble aujourd'hui clairement abandonnée, (v. Cass. com. 10 mars 2015, n° 12-15.505, *D.* 2015. Actu. 678, obs. A. LIENHARD; *Rev. sociétés* 2015. 406, obs. L.C. HENRY; *ibid.* 468, note D. PORACCHIA; *JCP E* 2015. 1261, note B. DONDERO; *Act. proc. coll.* 2015, n° 107, obs. J. VALLANSAN; *Gaz. Pal.* 8-12 mai 2015, p. 14, obs. ZATTARA-GROS; *RLDA* mai 2015. 18, obs. VOINOT; *Dr. sociétés* 2015, n° 117, note J.-P. LEGROS; *RJDA* 2015, n° 452; *LPA* 11 juin 2015, note GARAUD ; *Bull. Joly* 2015, p. 244, note I. PARACHKEVOVA), V. pour de plus ample développements à propos de cette sanction, *infra* n° 606.

⁷⁵⁹ Rapp. J. LEDAN, *art. cit.*, spéc. n°7-8.

⁷⁶⁰ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ 1955, n°169, p. 402 ; l'auteur poursuivait d'ailleurs : « La vie des sociétés commerciales n'est bien souvent qu'une vie de l'égalité formelle (...). Les sujets de droit s'ingénient à donner au législateur une satisfaction apparente. Le déclin du formalisme dans le droit avait eu pour cause et pour effet un désir de sincérité. La renaissance du formalisme ressuscite une apparence contraire à la réalité. » (*op. cit.* n°169, p. 403).

⁷⁶¹ « Les lois du 1^{er} août 2003 et le droit des sociétés », *D.* 2003, p. 2619.

⁷⁶² L'auteur écrit-il ainsi : « sans apports par des associés, il ne saurait y avoir de société. Que reste-t-il ? Une personne morale » (*ibid.*).

⁷⁶³ Une telle « vente » à prix vil encourt alors la nullité (v. Cass. com. 23 oct. 2007, *Bull. civ.* I, n°226 ; *Défrenois* 2007, 1729, obs. R. LIBCHABER ; *JCP* 2007, II, 10119, obs. Y.-M. SERINET ; *RDC* 2008, 231, obs. D. MAZEAUD et 234, obs. T. GENICON ; *D.* 2008 note. G. CHANTEPIE ; *JCP* 2008, II, obs. ROGET) ou éventuellement la requalification (V. Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1969, *Bull. civ.* I, n°8) ; v. F. COLLART DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, 11^{ème} éd., n°149, p. 163 et s ; P.

satisfaisant d'une approche strictement formelle. Si la même démarche était suivie en droit des sociétés personnifiées, il conviendrait assurément d'assimiler à un défaut d'apport, la mise à disposition d'une richesse dérisoire et manifestement impropre à financer l'activité sociale et partant à remplir la fonction de l'apport.

« Euclide de Milet l'avait dit », rapportait Carbonnier : « un tas de blé ne cesse pas d'être un tas si vous en ôtez un grain, puis un grain...; pourtant vient un moment où, en ôtant un grain, il n'y a plus de tas »⁷⁶⁴ ; sans qu'il ne soit possible de déterminer à partir de combien de grains se forme un tas non plus qu'à partir de combien d'euros se forme un apport, une approche téléologique ou fonctionnelle de la notion devrait vraisemblablement permettre de déterminer si un apport réel et sincère est réalisé dans une société donnée. Mais qui perçoit encore la fonction de l'apport en SSPRL ? Le fait que le droit positif se satisfasse d'un respect si ostensiblement formel des exigences du contrat de société atteste avec évidence de l'éloignement des SSPRL vis-à-vis de cette notion, et montre combien la prise en considération du contrat de société relève désormais du rite⁷⁶⁵ sinon de la superstition : à quoi bon se contraindre au respect des exigences du contrat de société si c'est pour n'en exiger qu'un respect aussi formel ?

287. On pourrait naturellement penser à objecter qu'en bonne logique, apport et capital social sont deux notions distinctes, et que partant, la suppression de l'exigence de minimum de capital social ne soustrait pas les SSPRL concernées à l'exigence d'apport, laquelle continue à être visée aux articles 1832 et suivants du Code civil, de sorte que le cas de figure d'une structure constituée d'apports purement symboliques ne devrait pas pouvoir se réaliser à raison de sa contrariété au droit commun de la société auquel les

MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2018, n° 214 et 215, p. 164 et s. ; v. J. CARBONNIER, « Vers le degré zéro du droit : de peu, de tout et de rien », in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 84 et s.

⁷⁶⁴ J. CARBONNIER, « Vers le degré zéro du droit : de peu, de tout et de rien », in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2001, p. 84 et s., spéc. p. 84.

⁷⁶⁵ Rappr. J. PAILLUSSEAU, *Les fondements du droit moderne des sociétés*, JCP G, 1984, I, 3148 : « Trop souvent, à l'heure actuelle, le droit des sociétés n'est respecté que de manière purement formelle. les conseils juridiques et les experts comptables qui constituent des sociétés et en assurent le secrétariat juridique le savent parfaitement. Galbraith montre avec beaucoup d'humour comment, dans l'assemblée générale des grandes sociétés, le respect des formes procède de la perpétuation du rite » (l'auteur fait référence à J. K. GALBRAITH, *Le nouvel État industriel*, Gallimard, 1967, p. 94 et 95).

structures sociales restent par principe assujetties, indépendamment donc de l'exigence de capital social.

En réalité cependant, pour les raisons que nous nous apprêtons à évoquer, l'exigence d'apport ne se trouve plus pour elle-même contrôlée et sanctionnée qu'*a minima* : la sincérité de l'apport, sa réalité rapportée à sa fonction, et donc son absence de fictivité, ne se trouvent pour elle-même nullement sanctionnée en l'état du droit positif (ainsi qu'en atteste le phénomène des structures constituées de capital symbolique). De sorte que, jusqu'à sa suppression, l'exigence de capital social minimal faisait indirectement office de garde-fou, limitait en fait les hypothèses de fictivité d'apport, puisqu'à tout le moins, la communauté d'associés devait ensemble, atteindre le montant nominal d'apport imposé par la loi.

288. Ainsi, l'exigence initiale de capital social minimal pour toute SSPRL avait-elle pour effet – indépendamment des objectifs premiers de garantie des créanciers que cette mesure poursuivait – de faire obstacle *de facto* à la constitution de SSPRL dépourvus d'apports ou dotés d'apports purement symboliques ; indirectement, cette exigence de capital social conférait donc à l'exigence d'apport les moyens d'une relative effectivité. La suppression de ce minimum de capital social affaiblit donc grandement cette dernière et il va de l'intérêt des membres de ces structures de ne faire qu'un apport symbolique⁷⁶⁶. Et si, peut-être, l'inventivité créatrice des juges devrait pouvoir leur permettre par un biais ou un autre de sanctionner effectivement cette exigence d'apport, il n'est en tout cas à notre connaissance, aucune occurrence de sanction d'une SSPRL constituée exclusivement d'apports symboliques⁷⁶⁷.

⁷⁶⁶ V. *infra* n°600 et s.

⁷⁶⁷ On trouve certains arrêts sanctionnant, en matière de structures sociales personnifiées, un apport fictif. Mais à notre connaissance il s'agit soit d'hypothèses où, en dépit de l'apparence, aucune richesse n'est en réalité apportée à la société (parce que par exemple le bien est grevé d'une sûreté qui en absorbe la valeur – v. par exemple T. com. Honfleur, 20 nov. 1970 : *D.* 1971, comm. 55 ; *JCP* 1971, II, 16628 ; *Rev. sociétés* 1971, p. 179, note J. HÉMARD, rapp. Cass. com., 18 juin 1974, n° 73-10.662, *BJS* 1974, p. 709 – ou encore parce que les fondateurs ont réalisé un montage permettant de se faire restituer les sommes apportées une fois la société constituée : v. CA Amiens, 30 avr. 1975 : *RJ com.* 1978, p. 310 ; rapp. Cass. civ. 1^{ère}, 18 juin 1974 : *D.* 1974, somm. p. 116). L'apport est en ces hypothèses fictif en ce sens qu'il est, malgré l'apparence, absolument inexistant. Soit d'hypothèses où le caractère dérisoire d'un apport de l'un des associés, n'est pris en compte qu'en tant qu'indice d'un défaut d'*affectio societatis*. Ce n'est pas tant le défaut d'apport qui est alors sanctionné, mais plus généralement le défaut de participation à la société. D'ailleurs le caractère symbolique de l'apport ne sera pas, dans ce cadre, apprécié au regard de son inaptitude à financer l'activité sociale, mais simplement au regard du peu de droit qu'il confère dans le capital social. En d'autres termes, dans ce cadre, le peu de valeur de l'apport n'est que le marqueur d'un désintérêt plus général du prétendu associé pour la société (v. par ex. C. com., 9 juin 2009 n°07-20.937, *Revue des sociétés* 2009, p. 781). En revanche, il n'est à notre connaissance aucun arrêt qui sanctionne pour

289. Conclusion de sous-section – C'est ainsi donc qu'en dernière analyse, l'exigence d'apport en matière de SSPRL apparaît bien fragile.

En dépit de son maintien théorique au rang de principe, il ne semble plus possible d'affirmer que tout porteur de part ou d'actions de SSPRL est apporteur : le droit positif donne parfois la possibilité à des porteurs d'actions de perdre cette « qualité », comme en atteste le mécanisme d'amortissement de capital et le législateur consacre parfois la possibilité de souscrire à des actions sans contrepartie – ainsi dans l'hypothèse de distributions d'actions gratuites⁷⁶⁸. Plus généralement, la suppression de l'exigence de capital minimal dans certaines formes de SSPRL a entraîné une pratique de constitutions de structures dotées d'apports purement symboliques qui semble échapper à toute sanction et en laquelle on peut voir l'augure d'un mouvement de relativisation théorique de l'exigence d'apport tant on sait combien l'histoire du droit commercial donne raison à l'idée selon laquelle « à la longue, l'anormal répété finit par s'imposer à l'esprit comme régulier »⁷⁶⁹.

Combien de temps cette exigence d'apport sera-t-elle maintenue dans ce cadre ? Pourquoi surtout la maintenir si son respect n'est plus exigé que de manière purement formelle ? À quel besoin réel peut bien répondre le maintien d'une exigence de manière aussi symbolique ? L'embarras que suscitent ces questions, conduit naturellement à prêter une oreille attentive aux arguments de ceux qui militent pour un abandon pur et simple de cette exigence⁷⁷⁰, laquelle semble ne plus devoir son maintien en droit des SSPRL qu'à l'inertie des juristes et à leur révérence vis-à-vis de la longue tradition historique dont elle peut se prévaloir⁷⁷¹. À cet égard, cette exigence d'apport ne va pas sans évoquer le fantomatique en son temps principe de

elle-même la fictivité d'un apport pour son aspect purement formel ou symbolique en ce sens que, bien qu'existant, il serait considéré comme fictif car impropre à remplir sa fonction de financement de l'activité sociale.

⁷⁶⁸ Certains voient encore d'autres manifestations de l'abandon d'exigence d'apport, dans la lignée du phénomène de distribution d'actions gratuites, notamment dans le mécanisme des options de souscription ou d'achat d'actions, ou encore dans celui des valeurs mobilières donnant accès au capital. Sur la contrariété de ces hypothèses avec le dogme de l'exigence d'apport, v. not. C. BARRILLON, *th. cit.*, n°499 et s.

⁷⁶⁹ A. BLOOM, *L'âme désarmée. Essai sur le déclin de la culture générale*, Julliard, 1987 cité par P. DIENER, « Pathologie juridique et doctrine universitaire en droit des affaires », *D.* 1997, chron. p. 147.

⁷⁷⁰ V. par exemple Th. MASSART, « La société sans apport », *art. préc.*

⁷⁷¹ *Ibid.*

pluralité d'associés, qui fut longtemps maintenu de manière artificielle, sinon au rang des nécessités théoriques, du moins au rang des principes essentiels de la matière, malgré les multiples manifestations de son insidieux désaveu en droit positif, jusqu'à son tardif abandon formel par le législateur en 1985.

Sous-Section 2 - L'affectio societatis

290. Il semble possible de dresser un constat similaire en ce qui concerne l'exigence d'*affectio societatis*. Traditionnellement considérée comme une notion essentielle du contrat de société⁷⁷² ou de la qualité d'associé⁷⁷³, il paraît aujourd'hui extrêmement hasardeux de soutenir encore qu'il s'agit d'un élément nécessaire à la constitution ou au fonctionnement des SSPRL de droit contemporain, au rebours donc de la présentation classique qui, à grand renfort d'artifices, continue de prétendre à l'indexation des SSPRL sur la société.

291. Remarques préliminaires – ambiguïté de la notion, métamorphose sous l'influence de l'errance conceptuelle des structures sociales personnifiées – Il convient avant tout de reconnaître que la vérification de cette hypothèse achoppe sur une difficulté qui tient à l'« ambiguïté »⁷⁷⁴, au flou de cette notion d'*affectio societatis*. Faute de savoir précisément ce qu'elle désigne, il peut sembler bien délicat de se lancer dans une entreprise de recensement de ses occurrences en droit positif.

On peut d'ailleurs à cet égard relever l'existence d'une certaine forme de cercle vicieux en ce domaine. Le postulat indéfectible que doctrine et jurisprudence ne semblent pas résolus à remettre en cause, selon lequel les structures sociales personnifiées sont nécessairement fondées sur le contrat de société, et que partant, tout titulaire de parts ou d'actions de SSP est nécessairement associé nous paraît, en

⁷⁷² V. Y. GUYON et A. MAIROT, V° « Affectio societatis », *J. Class. Sociétés traitée*, fasc. 20-10, n°32 ; la notion occupe en tout cas toujours une place centrale dans la présentation que donne de la société les manuels courants, v. not. Ph. MERLE, A. FAUCHON, *op. cit.*, 23^{ème} éd., n°57, p. 75 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.* 32^{ème} éd., n°259, p. 94.

⁷⁷³ D. ESKINAZI, *La qualité d'associé*, th. Cergy, 2005, dir. A.-S. BARTHEZ.

⁷⁷⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 259 p.94 ; rapp. C. BARRILLON, *op. cit.* p. 276 et s. ; également, S. LACROIX DE SOUSA, « Le rayonnement de l'affectio societatis », *Rev. Sociétés* 2016, p. 499 et s.

plus d'être faux, nuisible à la science du droit. Car il implique que la notion d'*affectio societatis* se trouve incessamment altérée afin de lui permettre de rendre compte des formes les plus diverses de participation aux SSP qui, dans certaines configurations, semblent pourtant ne plus rien partager avec le lien d'associé⁷⁷⁵. À force de refuser d'acter le divorce entre SSP et contrat de société, il faut à la doctrine et la jurisprudence réduire incessamment le contenu conceptuel de cette notion pour lui permettre de toujours rendre compte de ce prétendu droit commun des sociétés à l'existence pourtant de plus en plus douteuse. Ainsi, suivant la logique du plus petit dénominateur commun, le contenu conceptuel de la notion d'*affectio societatis*, est aujourd'hui bien souvent réduit à n'exprimer rien de plus que le simple consentement au contrat de société⁷⁷⁶.

Confrontée en effet aux évolutions des structures sociales personnifiées, la science du droit avait le choix entre deux voies d'analyse : ou bien considérer que certains parmi les actionnaires et les porteurs de parts ne pouvaient plus être rigoureusement qualifiés d'associés, ce qui conduisait à admettre la possibilité d'appartenir à une SSP sans être lié par un contrat de société – auquel cas, il aurait été possible de réserver une signification tangible à la notion d'*affectio societatis* en en réservant l'application aux seuls véritable contrats de société. Ou bien maintenir le postulat selon lequel toute SSP repose nécessairement sur un contrat de société, ce qui impliquait alors de redéfinir les concepts caractéristiques de l'associé, à commencer par l'*affectio societatis*, afin que ces critères ainsi modifiés puissent encore rendre compte des nouveaux phénomènes naissant. C'est essentiellement la seconde voie qui fut choisie, aux dépens de la cohérence et de la consistance de la notion .

292. On ne saurait prétendre ici se livrer à un exposé exhaustif des multiples acceptions que la notion d'*affectio societatis* a pu connaître, non plus que des débats qu'elle a suscités.

⁷⁷⁵ Rapp. F. MASSON, « Les métamorphoses de l'associé », *Rev. des sociétés* 2016, p. 84 et s.

⁷⁷⁶ V. not., parmi les auteurs modernes qui défendent aujourd'hui cette opinion, G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit.* 22^{ème} éd., n°1533, p. 31 ; (qui remarquent d'ailleurs que la circulaire du 15 septembre 1977 relative au vocabulaire juridique recommande la suppression de l'expression et sa substitution par celle d' « intention de s'associer » : v. *ibid.*, note 25) ; v. également J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, préf. N. MOLFESSIS, Economica, 2012, n° 206 et s., p. 149 et s.; V. CUISINIER, *L'affectio societatis*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, préf. A. MARTIN-SERF, Litec, 2008.

Il faut tout d'abord reconnaître que, même lorsqu'elle ne concernait que le seul contrat de société, la notion était déjà nimbée d'un certain mystère et nourrissait les controverses⁷⁷⁷.

Conceptions objectives, subjectives, pluralistes, unitaires, conceptuelles, fonctionnelles, etc., on ne compte plus les acceptions dont l'*affectio societatis* est l'objet⁷⁷⁸. À ces différentes conceptions s'ajoutent les thèses qui nient, pour diverses raisons, tantôt l'existence, tantôt l'utilité de cette notion⁷⁷⁹. Et si pour certains auteurs « la notion d'*affectio societatis* semble aujourd'hui stabilisée »⁷⁸⁰, il est sans doute plus juste de reconnaître avec d'autres que « la discussion sur la notion s'est apaisée »⁷⁸¹.

En tout état de cause cependant, que l'on appréhende l'*affectio societatis* au travers de son acception primitive, spontanée et immédiate de *jus fraternitatis* (§1), ou que l'on s'attache aux différents éléments de définition qui purent en être proposés (§2), le constat de sa mise hors-jeu du droit contemporain des SSPRL semble indifféremment sans appel.

§1. L'*affectio societatis* entendu comme *jus fraternitatis*⁷⁸²

L'idée selon laquelle les associés seraient liés par une sorte de sentiment de fraternité ne semble pas dénuée de pertinence si l'on se représente les relations qui naissent

⁷⁷⁷ V. not. C. BARRILLON, *th. préc.*, n°456 et s. p. 277 et s.

⁷⁷⁸ V. not. pour un exposé synthétique de ces conceptions, N. REBOUL, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. sociétés* 2000, p. 425 s ; également. P. SERLOOTEN, « L'*affectio societatis*, une notion à revisiter », in *Mélanges offerts à Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 1007 et s. . V. encore A. AMIAUD, « L'*affectio societatis* », in *Mélanges A. Simonius*, éd. Helbing & Lichtenhahn, 1955, p. 1 ; P. DIENER, note sous Civ. 3ème 22 juin 1976, D. 1977, p. 619 ; Y. GUYON et A. MAIROT, « *Affectio societatis* », *J. Class. Sociétés traité*, fasc. préc. ; J.-M. BERMOND DE VAULX, « Le spectre de l'*affectio societatis* », *JCP E* 1994, I, 346 ; P. PIC, « De l'élément intentionnel dans le contrat de société », *Annales de droit commercial* 1906, p. 153 ; Y. TCHOTOURIAN, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, préf. Y. DEREU, LGDJ, 2011, not. n° 981 et 982, p. 610-611 ; J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, préf. M.Y. Loussouarn, Sirey, 1967, p. 43 et s.

⁷⁷⁹ V. par exemple pour une contestation récente : G. NAFFAH, « L'*affectio societatis*, un critère qui n'en est pas un », in *Mélanges J.-J. Daigre*, Joly, 2017, p. 233 et s. ; v. encore V. CUISINIER, *op. cit.* ; D. GALLOIS COCHET « Encore l'*affectio societatis* ! » *Dr. Sociétés* 2013, Repère n°11 ; rapp. G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales, op. cit.*, n°1533, p. 31 ; A. WAHL, *Précis de droit commercial*, Sirey, 1^{ère} éd. 1922, n°469, p. 154 ; P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *Droit des sociétés*, Joly 2013, 2e éd., n° 26 ; J. COPPER ROYER et a., *Traité des sociétés*, t. 2, 1939, Sirey, p. 627.

⁷⁸⁰ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés, op. cit.*, p. 93, n° 98.

⁷⁸¹ C. BARRILLON, *th. cit.* p. 276.

⁷⁸² Nb : La question du genre de l'expression latine fait débat, v. en faveur du masculin, Y. GUYON, « *Affectio societatis* », *J. Class. Sociétés traité*, fasc. préc., §5 et contra V. CUISINIER, *L'affectio societatis, op. cit.*, n° 2, p. 5.

d'un strict contrat de société (A) ; à l'évidence cependant, ce constat ne peut être transposé aux structures personnifiées à risque limité (B).

A. Le jus fraternitatis de l'associé

293. Pour les auteurs romains sous la plume desquels la notion apparaît⁷⁸³, comme pour les auteurs classiques qui entendaient par société essentiellement le contrat conclu entre associés, le lien qui unit les parties à un contrat de société pouvait bien avoir une nature proche de celui qui unit des époux⁷⁸⁴. Pour Domat par exemple, les associés « étant unis par un engagement général, dans une espèce de fraternité, pour agir l'un pour l'autre comme chacun le ferait pour soi-même, ils se doivent une parfaite fidélité »⁷⁸⁵. Plus proche de nous, Hamel par exemple entendait encore la société comme la base d'une véritable « alliance », au sein de laquelle chaque contractant « considère son associé comme un compagnon de lutte, un camarade de combat »⁷⁸⁶ et certains auteurs contemporains semblent encore – sous quelques réserves⁷⁸⁷ – attachés à cette conception de l'*affectio*

⁷⁸³ V. *Digeste* (5, 16, 60), v. P. et Ph. DIDIER, *op. cit.*, n°84 p. 78 et note 1 ; il est à remarquer que la notion disparaît ensuite au Moyen-âge pour ne réapparaître qu'au cours de la seconde partie du XIX^{ème} siècle (*J. class fasc.* 20-10, *précité*, n°1-2 ; P. DIDIER, *Droit commercial, L'entreprise en société*, PUF, 2^{ème} éd., T. 2, 1997, p. 54 et s.). Mais si la notion disparaît du vocabulaire, ce qu'elle exprime continue à rendre compte de la conception que se font les juristes du contrat de société.

⁷⁸⁴ V. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN, *JCP E*, 1999, I, p. 29, n°1 ; F. X. LUCAS, « Les actionnaires ont ils tous la qualité d'associé », *art. cit.*. Rapp. également C. BARRILLON, *op. cit.* n°463, p. 280. Et à propos de l'« *affectio conjugalis* », v. J.-P. GRIDEL, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, *D.* 2004, p. 21.

On considère toutefois, que la notion d'*affectio societatis*, si elle plonge ses racines jusque dans le droit romain, n'a pas traversé les siècles avec une constance et linéarité sans faille. Elle disparut notamment au Moyen Âge pour réapparaître au XIX^{ème} siècle, v. V. SIMON, « L'*affectio societatis* », *RDC* 2016, p. 343 et s ; V. Y. TCHOTOURIAN, *op. cit.* n°3, p. 2 et. Mais il faudrait prendre garde à ne pas déduire trop hâtivement de la disparition de l'expression, la disparition de l'idée qu'elle exprime.

⁷⁸⁵ J. DOMAT, *OEuvres complètes*, t. 1er, p. 269, Sect. IV, art. 2 ; à rapprocher de la conception de Thaller qui entendait l'*affectio societatis* comme « l'estime mutuelle des membres, qui se considèrent comme des égaux » (E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5^{ème} éd., *op. cit.*, p. 166, n° 238), cité par C. BARRILLON, *op. cit.* n°463, p. 280. Encore, s'inspirant d'Ulpian, Troplong évoque « l'égalité, la sympathie, la fraternité » (R. TROPLONG, *Le droit civil expliqué*, T.1, Charles Hingray éd., 1843, préface, p. II).

On ne peut d'ailleurs s'empêcher de relever la polysémie du terme société qui vise tout à la fois le contrat qui nous occupe, mais qui peut être plus généralement employé pour viser toutes sortes de communautés, jusqu'à se confondre parfois avec l'idée de peuple. *Adde.* R. TROPLONG, *op. cit.*, préface, p. II-III.

⁷⁸⁶ J. HAMEL, « L'*affectio societatis* », *RTD civ.* 1925, p. 761, spéc. p. 770 ; *adde.* A. AMIAUD, « L'*affectio societatis* », in *Aequitas und bonafides, Mélanges Simonius*, éd. Helbing & Lichtenhahn, 1955, p. 1 et s..

⁷⁸⁷ V. par exemple J.- M. DE BERMOND DE VAULX, « Le spectre de l'*affectio societatis* », *JCP E* 1994, p. 346 et s., pour qui l'*affectio societatis* s'entendrait encore bel et bien en son sens premier, liée à l'idée d'affection, de sentiment d'union ; mais ne viserait que l'état d'esprit qui précède l'entrée en société : « L'*affectio* se manifesterait donc, si l'on veut bien suivre cette thèse, à l'instant où une personne, au sens de l'article 1832, va considérer un inconnu comme un partenaire possible, comme son frère en société » (*art. précité*, n°17).

societatis entendu comme « volonté d'entreprendre en communauté fraternelle »⁷⁸⁸ ainsi que pouvaient l'entendre les juristes romains⁷⁸⁹.

Il est vrai que cette conception, qui se révèle assurément bien lointaine si l'on se figure l'hypothèse d'une structure sociale par action cotée contemporaine ou d'une SICAV⁷⁹⁰, peut encore convaincre dès lors que l'on se représente, par exemple, le cas de figure d'un pur et simple contrat de société – sans personnification – tel qu'il serait encore conclu aujourd'hui. Dans ce cadre en effet, on se représente sans peine une relation entre quelques participants, très fortement teintée d'*intuitu personnae*, impliquant dans l'esprit de chacun un engagement particulièrement fort de bonne foi et de collaboration égalitaire. On conçoit alors volontiers qu'existe en cette circonstance une certaine forme de véritable union d'affaire, de « *jus fraternitatis* », dans une certaine mesure comparable au lien matrimonial⁷⁹¹. Aussi, dans le cadre d'analyse qui était celui des auteurs classiques – lesquels ne réfléchissaient donc essentiellement que sur la base du pur et simple contrat de société – on comprend que cette notion d'*affectio societatis* ait pu avoir une véritable signification, bien qu'elle eut par ailleurs quelques détracteurs⁷⁹².

B. L'indifférence de l'actionnaire

294. Mais à l'évidence, cette conception d'un *jus fraternitatis*⁷⁹³, élément constitutif de toute société, paraît en revanche indéfendable si l'on prétend la généraliser à l'ensemble des formes de participations à une structure sociale personnifiée que connaît notre droit contemporain où les actions – et parfois mêmes les parts sociales – sont souvent

⁷⁸⁸ L'expression est de J.-F. BARBIERI, « Retour sur l'*affectio societatis*, une notion malaimée », *Mélanges P. Serlooten*, Dalloz 2015, p. 285 et s., spéc. p. 287. V. par ailleurs, Y. GUYON, « La fraternité en droit des sociétés », *Rev. Sociétés* 1989, p. 439.

⁷⁸⁹ Ulpien parlait ainsi d'« une obligation de bonne foi renforcée, une sorte de fraternité » (rapporté par A. AMIAUD, *art. cit.* p.6). V. également Y. TCHOTOURIAN, *op. cit.* n°3, p. 2.

⁷⁹⁰ V. G. NAFFAH, *art. cit.*, spéc. p. 239.

⁷⁹¹ Rapp. F. X. LUCAS, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé », *art. cit.*, p. 216 : « Même le mariage fait pâle figure à côté de ce que l'on nous dit être le contrat de société. Et ce d'autant plus que notre droit du divorce étant ce qu'il est, il plus facile de se séparer d'un époux acariâtre que d'un associé au caractère difficile... ».

⁷⁹² V. V. SIMON, *art. préc.* ; v. aussi A. WAHL, *Précis de droit commercial*, Sirey, 1^{ère} éd. 1922, n°469, p. 154 ; v. également A. COLLIN et H. CAPITANT, *Cours de droit civil*, 4^{ème} éd. 1923-1925, t. 2, p. 614 et s.

⁷⁹³ Nb : La question du genre de l'expression latine fait débat, v. en faveur du masculin, Y. GUYON, « *Affectio societatis* », *J. Class. Sociétés traité*, fasc. préc., §5 et *contra* V. CUISINIER, *L'affectio societatis*, *op. cit.*, n° 2, p. 5.

disséminées entre une infinité de porteurs qui ne se connaissent évidemment pas et n'ont souvent pas même la moindre idée de l'activité menée par le groupement auquel ils sont censés appartenir – ni même parfois la conscience d'en faire partie car l'opération d'acquisition aura pu être réalisée pour leur compte par un tiers n'ayant pour mission que d'augmenter la somme d'argent qui lui a été confiée⁷⁹⁴.

D'ailleurs, l'inexistence du *jus fraternitatis* ne se manifeste pas seulement par cet état d'esprit d'indifférence des associés de SSPRL vis-à-vis de leurs consorts ou de l'activité. La Cour de cassation n'hésite plus désormais par exemple à affirmer que l'associé d'une société à responsabilité limitée n'est tenu en cette qualité, « ni de s'abstenir d'exercer une activité concurrente de celle de la société ni d'informer celle-ci d'une telle activité et doit seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyaux »⁷⁹⁵. Au delà de l'indifférence, c'est la concurrence qui est admise. Les idées de « fraternité », d'« alliance », de « fidélité », de « bonne foi renforcée » ou encore de « camaraderie de combat », paraissent bien lointaines et profondément

⁷⁹⁴ Rappr. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne, préc.*, p. 94 : qui déjà dépeignait la psychologie de ce type d'actionnaires qui « ne connaît pas la nature et le siège de l'entreprise. Il choisit au hasard les titres que lui désigne son agent de change ou son banquier. Il les revendra dans quelques jours ou quelques mois ». Ce phénomène des actionnaires bailleurs de fonds, parfaitement indifférents à la vie de la société et aux membres de celle-ci, donna lieu, à la suite de l'œuvre de Ripert, à de nombreuses études parmi lesquelles v. essentiellement C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par action*, Sirey, 1962, spéc. p. 27 et s. ; J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique juridique d'organisation de l'entreprise, op. cit.*, p. 7. ; D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme, préc.*, n° 12 ; v. également D. SCHMIDT, *Bull. Joly* 2004, p. 469, spéc. n° 8 qui explique que certains actionnaires « ne considèrent les actions que comme des "instruments financiers" au sens de l'article L. 211-1-I-1° du Code monétaire et financier et spéculent sur la variation des cours comme ils spéculeraient sur celle des marchandises ou des indices ; ils attendent un enrichissement qui provient non de l'enrichissement social mais de fluctuations dont les causes peuvent être totalement déconnectées de la situation économique ou financière de l'émetteur ; ils n'agissent pas en qualité d'actionnaire et leur intérêt n'est pas celui de l'actionnaire ». Rappr. également Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat *intuitu personae* », *J. class. Contrat distribution*, Fasc. 200, n° 61 : « Dans les sociétés de personnes, il semble qu'elle [*l'affectio societatis*] coïncide largement avec *l'intuitu personae* : les associés doivent avoir l'intention de poursuivre ensemble une oeuvre commune, sur un pied d'égalité, de se traiter comme des frères dit-on même parfois (*jus fraternitatis*), ce qui suppose qu'ils se soient choisis en fonction de leurs personnes. (...) Dans les sociétés de capitaux, *l'affectio societatis* s'éloigne considérablement de *l'intuitu personae* : les actionnaires, d'une façon habituelle, se moquent de la personne des autres actionnaires ; *l'affectio societatis* se réduit alors à "la simple conscience d'une union d'intérêts" ».

⁷⁹⁵ Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049, *Dr. sociétés* 2012, comm. 24, note M. ROUSSILLE ; *JCP E* 2011, 1893, note A. COURET et B. DONDERO ; *Contrats, conc. consom.* 2012, comm. 41, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 112, § 116, note H. Le NABASQUE ; *Gaz. Pal.* 11 févr. 2012, p. 19, note B. SAINTOURENS ; *Rev. sociétés* 2012, p. 292, note L. GODON ; *D.* 2012, p. 134, note T. FAVARIO ; *RTD com.* 2012, p. 134, note A. CONSTANTIN. Rappr. également Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-14.407 ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 102, note M. ROUSSILLE ; *JCP G* 2013, 640, note R. MORTIER ; *JCP E* 2013, 1258, note R. MORTIER ; *D.* 2013, p. 1172, obs. M. PIETTON ; *Rev. sociétés* 2013, p. 358, note S. PREVOST.

inaptes à rendre compte de ce que signifie l'appartenance à une SSPRL de droit contemporain.

295. Ainsi, si la notion d'*affectio societatis* entendue comme *jus fraternitatis*, semble dotée d'une certaine pertinence si on en limite le champ au strict contrat de société, on ne peut à l'évidence étendre sans réserve son domaine à l'ensemble des structures sociales personnifiées, *a fortiori* aux structures que l'on désigne comme sociétés de capitaux⁷⁹⁶. L'observation la plus sommaire du fonctionnement de ces structures révèle en effet avec évidence l'absence d'une quelconque nécessité d'être animé de cet *affectio* vis-à-vis des autres participants pour y prendre valablement part⁷⁹⁷.

§2. L'*affectio societatis* appréhendé à travers ses différentes composantes

296. Les analyses modernes du *jus fraternitatis* – Plus précisément que ce quelque peu évanescent sentiment de fraternité censé animer les participants au contrat de société, l'*affectio societatis* est souvent décliné ou décomposé en divers éléments.

C'est tout d'abord sur l'idée d'une collaboration active qu'insistent fréquemment les conceptions doctrinales classiques⁷⁹⁸. L'idée d'égalité entre associés est, elle aussi, souvent rattachée à la notion⁷⁹⁹. Enfin, peut l'être également celle de concours de chacun aux risques⁸⁰⁰, ainsi que le caractère intéressé de la collaboration, soit la recherche des profits⁸⁰¹.

⁷⁹⁶ Il est d'ailleurs peut-être de l'essence même de cette notion classique que de ne pas connaître d'*affectio societatis* : les sociétés de capitaux s'opposent dit-on aux sociétés de personnes par l'indifférence vis-à-vis de la personne des coassociés, l'associé y étant ainsi davantage considéré pour les capitaux qu'il apporte que pour sa personne.

⁷⁹⁷ V. encore à propos du caractère indifférent d'un désintéret pour la chose commune de la part du cessionnaire de droits sociaux, G. NAFFAH, *art. cit.* p. 240.

⁷⁹⁸ V. P. PIC, « De l'élément intentionnel dans le contrat de société », *Ann. Dr. com.*, 1906, p. 153 et s. v. également infra §299 ; Rapp. P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat organisation », *Mél. F. Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-Classeur, 1999, p. 635 et s.

⁷⁹⁹ V. par exemple L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis de droit commercial*, Dalloz, 1924, 2^{ème} éd., n°208 ; E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5^{ème} éd., *op. cit.*, p. 166, n° 238.

⁸⁰⁰ V. P. PONT, *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, Delamotte, 1872, n°12 ; J. HAMEL, « L'*affectio societatis* », *RTD civ.* 1925, p. 761 et s., spéc. p. 771 et s. et *supra* note 89.

⁸⁰¹ V. pour une présentation synthétique des différentes conceptions P. SERLOOTEN, « L'*affectio societatis*, une notion à revisiter », *art. cit.* ; N. REBOUL, *art. cit.*, spéc. p. 430 et s ; v. aussi la définition qu'en donne M. Tchoutourian qui reprend en substance, ces différents critères (Y. TCHOUTOURIAN, *op. cit.*, n° 981 et 982, p. 610-611) et v. *supra* note 90.

Finalement, on reconnaîtra que tous ces éléments convergent en un sens vers cette notion de *jus fraternitatis* et en sont plus ou moins diverses déclinaisons ou diverses composantes⁸⁰². Tout à la manière de « compagnons de lutte » en effet, les associés rassemblent leurs forces (collaboration) pour partager un sort commun (partage des profits et des pertes) ; et parce qu'ils forment une communauté fraternelle, il ne saurait exister de trop grande disparité dans leur position respective (égalité). Ce qu'exprimait peut-être de manière quelque peu imprécise et romantique l'idée de fraternité dont usaient les juristes romains aurait ainsi été simplement décomposé et détaillé par les juristes modernes qui firent ressortir les traits les plus saillants de la notion, mais n'en expriment pas moins en substance la même chose.

La définition que donna la Cour de cassation en 1986 synthétise d'ailleurs assez bien les diverses conceptions doctrinales qui, peu ou prou, gravitent généralement autour de ces éléments évoqués : la Chambre commerciale affirmait ainsi entendre l'*affectio societatis* comme le fait que « les associés collaborent de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun participant aux bénéfices comme aux pertes »⁸⁰³.

297. Quelle que soit la conception retenue toutefois, quel que soit l'élément auquel on reconnaît un caractère fondamental parmi ceux évoqués, la thèse qui verrait dans l'*affectio societatis* un critère essentiel aux SSPRL semble ne plus pouvoir être raisonnablement soutenue tant les manifestations de droit positif qui la désavouent sont nombreuses. Puisque nous aborderons ultérieurement en tant que critère autonome du contrat de société, la vocation de chacun aux profits et aux pertes⁸⁰⁴, concentrons nous ici sur les idées de collaboration (A) et d'égalité (B) afin de confronter leur importance au sein du contrat de société à leur défaut de nécessité en SSPRL.

A. La collaboration

⁸⁰² Rappr. Y. GUYON, « La fraternité en droit des sociétés », *art. cit.*

⁸⁰³ Cass. com., 3 juin 1986, *Rev. sociétés*, 1986, p. 585 et s., note Y. GUYON ; rappr. Cass. com., 9 avr. 1996, n° 94-12.350, *Rev. sociétés*, 1997, p. 81, note F. BENAC-SCHMIDT qui parle de "volonté non équivoque de tous les associés de collaborer ensemble et sur un pied d'égalité à la poursuite de l'oeuvre commune".

⁸⁰⁴ V. *infra* Sous-section 3, n°324 et s.

298. Si l'idée de collaboration semble bel et bien pertinente pour qualifier les rapports entre parties à un contrat de société (1), elle apparaît en revanche n'avoir rien de nécessaire en SSPRL (2).

1. La pertinence de ce critère dans le cadre du contrat de société

299. La pertinence du critère illustrée par la distinction de l'associé et du prêteur – C'est donc en premier lieu l'idée de collaboration qui est fréquemment avancée pour rendre compte de l'*affectio societatis*⁸⁰⁵. Pour A. Amiaud, par exemple, « il n'y a pas de contrat de société sans une certaine participation de tous à la conduite des affaires sociales », étant entendu que « c'est par le droit de participer [aux] assemblées ou [aux] consultations et d'y voter, que se manifeste essentiellement mais suffisamment ce minimum irréductible de participation à la gestion sans lequel il ne peut y avoir d'associé »⁸⁰⁶.

Cette conception paraît tout à fait légitime. Sa pertinence se manifeste par exemple si l'on pense à utiliser ce critère pour faire le départ entre un contrat qui pourrait *a priori* appeler à la fois à la qualification de prêt avec participation aux bénéfiques et de contrat de société léonine⁸⁰⁷.

⁸⁰⁵ V. Par exemple N. REBOUL, *art. cit.*, spéc. p. 428 selon qui l'*affectio societatis* « se caractérise aussi et surtout par l'intention de participer à la gestion. (...) Plus qu'une simple manifestation de l'intention il y a une véritable mise en œuvre de cette dernière qui correspondrait à la volonté de participer à une exploitation commune. » ; v. égal. E. THALLER, note sous Cass. Req. 3 mars 1903, *D.* 1904, 1, p. 255 et s. ; P. DIDIER, *Droit commercial, t. 2, L'entreprise en société – Les groupes de sociétés*, coll. Thémis, PUF, 3^{ème} éd., 1993, p. 34 ; G. RIPERT, « Prêt avec participation aux bénéfiques et société en participation » *Ann. de droit com.*, 1905, p. 53 et s. ; Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G* 1988, I, 3318, spéc. n°7 ; Rapp. A. VIANDIER, *th. cit.* n°173, p. 168 : pour qui « l'associé est essentiellement le membre d'un groupement, exerçant comme tel des prérogatives de gouvernement », mais l'auteur s'attache plus largement à un droit de participation aux décisions collectives, plus vaste que le strict droit de vote ; v. également, E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, 6^{ème} éd. n°238 ; P. PIC, « De l'élément intentionnel dans le contrat de société », *Ann. Dr. com.*, 1906, p. 153 et s. V. aussi pour une présentation critique, C. COUPET, *th. cit.* n°60 et s., p. 69 et s. ; v.. *contra* not. J. HAMEL, *art. cit.*, spéc. p. 780.

⁸⁰⁶ A. AMIAUD, « L'affectio societatis », *art. cit.* p. 1.

⁸⁰⁷ Rapp. sur cette question P. SERLOOTEN, *art. cit.*, p. 1015 ; G. RIPERT, « Prêt avec participation aux bénéfiques et société en participation », *Ann. de droit com.*, 1905, p. 53 et s. ; A. VIANDIER, *op. cit.*, n°176 et s., p. 170 et s. ; E. THALLER, note sous Cass. Req. 3 mars 1903, *D.* 1904, 1, p. 255 et s., spéc. p. 256 ; G. NAFFAH, *art. cit.*, spéc. p. 238.

L'hypothèse pourrait par exemple être celle d'un contrat stipulant qu'un participant apportera une somme d'argent pour une activité donnée dont la réalisation concrète échoit à son cocontractant, et prévoyant qu'une fois l'opération achevée, quel qu'en soit le résultat, l'apporteur des fonds se verra restituer la totalité de sa mise ainsi qu'une portion des bénéfices dégagés.

Dans un tel cas de figure l'hésitation entre les deux contrats évoqués – prêt ou société léonine – est permise.

Le choix de qualification ne sera d'ailleurs pas sans enjeu : outre le fait que la qualification de société devrait conduire à invalider la convention ou à tout le moins la clause qui lui confère son caractère léonin en prévoyant la restitution certaine de la somme apportée, elle devrait conduire à un partage des pertes. En cas de qualification de contrat de société, l'apporteur de fonds pourrait donc, si l'affaire s'avérait déficitaire, non seulement perdre sa mise mais être encore tenu pour davantage si les pertes venaient à excéder son apport.

Rien de tel naturellement si à l'inverse, l'opération devait recevoir la qualification de prêt. En ce cas l'apporteur des fonds recevrait l'assurance de récupérer sa mise quand bien même l'opération s'avérerait infructueuse⁸⁰⁸.

Pour opérer donc cette qualification dont on a noté l'enjeu, il semble que le simple recours aux critères que sont l'apport et la participation aux résultats soit insuffisant. En effet, l'apport des fonds ne permet pas de faire le départ entre prêt et société car il est nécessaire à l'un et à l'autre de ces contrats⁸⁰⁹ tandis que la participation aux bénéfices – nécessaire en cas de société – est tout à fait possible dans le cadre d'un prêt⁸¹⁰. Quant à la participation aux pertes, ce critère semble ici inopérant, car si elle n'existe en principe que dans la société, lorsque celle-ci est valide, il est concevable qu'un contrat de société invalide (parce que léonin) ne la prévoie pas. Or, on sait que la question de la qualification d'un contrat est supposée précéder celle de sa validité, de sorte qu'il ne saurait être tiré argument du caractère invalide du contrat dans l'hypothèse d'une qualification de société pour rejeter cette dernière.

⁸⁰⁸ V. G. RIPERT *ibid.* et E. THALLER, *ibid.*

⁸⁰⁹ On utiliserait la terminologie de « mise à disposition » et non d'« apport » en cas de prêt mais l'opération, considérée isolément, est identique : elle prendra la qualification de mise à disposition ou d'apport en fonction du type de rapport contractuel dans lequel elle s'inscrit.

⁸¹⁰ Cass. req., 8 janv. 1872, *DP* 1872, 1, p. 194 ; Cass. req., 2 mars 1926, *DH* 1926, p. 177 ; CA Rennes, 10 mai 1961, *JCP CI* 1962, 70130 ; *RTD com.* 1962, p. 420, n° 1, obs. R. RODIERE).

Le critère de l'*affectio societatis* peut alors apparaître utile et, en particulier, le critérium de collaboration semble permettre de trancher la question de la qualification : que cette collaboration existe et le contrat recevra la qualification de société, qu'elle soit exclue et le régime du prêt semble davantage appelé à s'appliquer : « dans le prêt il y a assistance de l'une des parties par l'autre », écrivait ainsi Georges Ripert, « assistance intéressée bien entendu ; dans la société il y a collaboration. Le juge devra se demander si l'apport de fonds est fait par une personne soucieuse sans doute de la solvabilité de l'emprunteur à l'échéance, soucieuse aussi de la productivité de l'entreprise, mais en définitive spectateur impassible de la marche de cette entreprise, ou, au contraire, par un auteur qui collabore à son développement par son travail ou par son capital »⁸¹¹.

300. La pertinence du critère confirmée par les enjeux de qualification – En plus de rendre compte justement de la représentation spontanée que ces deux contrats reçoivent communément, le critère de collaboration ici utilisé paraît particulièrement opportun au regard des enjeux de la qualification mis plus haut en évidence. N'est il pas en effet pertinent que ce soit celui qui met en œuvre l'opération qui supporte l'ensemble des pertes s'il a seul été à la manœuvre de cette l'affaire, tandis qu'au contraire si cette dernière a été mise en œuvre et réalisée de conserve par les deux contractants – si en d'autres termes, elle est le fruit de leur *collaboration* – l'échec s'en répartisse entre eux deux ?

Utiliser ici le critère de la collaboration pour qualifier le contrat, revient ainsi à aligner la responsabilité de l'apporteur des fonds sur sa « puissance d'action »⁸¹² : a-t-il tenu une part dans l'échec ou le succès de l'affaire ?, il devra alors en répondre ou en profiter, le contrat sera une société. Était-il à l'inverse tenu à l'écart des affaires,

⁸¹¹ G. RIPERT, « Prêt avec participation aux bénéfices et société en participation », *Annales de droit commercial*, 1905, p.53 et s., spéc. §25, p. 68. Rapp. E. THALLER, note sous Cass. req. 3 mars 1903, *D.* 1904, I, p. 257 : « Le rapport, issu d'un contrat de société avec la collaboration qui en résulte, implique une ingérence, un contrôle étroit et une faculté de critique dans la manière dont s'accompliraient les affaires communes, c'est-à-dire un pouvoir d'intrusion dont ne saurait disposer un simple créancier, tel qu'un prêteur » ; Rapp. également Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2018, n° 926, p.580 : à propos du critère de distinction entre le contrat de prêt et de société : « Le véritable critère est ailleurs : l'immixtion ; si le prétendu prêteur peut s'ingérer dans les affaires de l' « emprunteur » pour les codiriger, il y a société ; sinon il y a prêt ». V. aussi, P.-Y. GAUTIER, obs. *RTD civ.* 1994, p. 881 et s. ; également, A. VIANDIER, *th. cit.* n°176, p. 170 ; Y. GUYON et A. MAIROT, « Affectio societatis », *J. Class sociétés traité*, fasc. 20-10, n°45. Rapp. à propos du lien entre droit de vote et aléa social, C. COUPET, *op. cit.* n°95 et s. et 399 et s.

dans une relation exempte de collaboration ?, alors l'échec ou le succès de l'entreprise ne peut lui être imputé, et il ne devrait pas en subir les répercussions, ainsi que l'organise le contrat de prêt.

De fait les tribunaux sont fréquemment amenés à faire application de ce critère⁸¹³, et on a pu également en trouver trace dans la législation lorsque par exemple, le statut d'associé était refusé aux porteurs de parts de fondateurs à raison de leur exclusion des affaires sociales⁸¹⁴.

301. A suivre cette idée, il conviendrait donc de considérer que si les contractants ont entendus que la réalisation de l'opération projetée soit le fruit de leur collaboration, alors le contrat recevra la qualification de société, ce dont il résultera une exigence de partage équitable des pertes. Tandis que si cette collaboration est exclue dans l'esprit des participants, alors il convient de considérer que l'apporteur des fonds s'est borné à financer l'affaire propre à son cocontractant et il devient alors légitime que ce dernier en supporte seul les risques, quitte à ce que, par ailleurs, la rémunération du prêt reçu soit indexée sur les résultats de son entreprise.

Voilà ainsi illustrée l'application qui peut être faite de ce critère de collaboration – entendue comme participation effective, ou du moins pouvoir de participation effective, à l'orientation et à la direction de l'affaire⁸¹⁵ – couramment rattaché à l'*affectio societatis*, et qui, à ne raisonner que sur la base d'un contrat de société, ne

⁸¹² Rappr. S. SCHILLER, *op. cit.* p. 181 et s. n°371 et s.; F. TERRÉ, « Fondements historiques et philosophiques de la loi de la majorité », *RJ com.* 1991, p. 9 et s. ; et v. *supra* Partie 1.

⁸¹³ V. not. CA Paris 29 mars 2002, *Dr. des sociétés*, juin 2003 p. 10, n° 100, note F.-G. TREBULLE ; v. aussi Cass. Req. 3 mars 1903, *D.* 1904, I, p. 257, n. E. THALLER *préc.* ; Cass. Req. 28 avr. 1903, *S.* 1903, I, p. 472 ; Cass. com. 26 janv. 1988, n° 85-18618, *Bull. Joly* 1988, p. 193 ; *Rev. dr. banc.* 1988, p. 130, note. M. JEANTIN et A. VIANDIER ; Paris 3ème ch. A, 21 févr. 1984, *RTD Com.* 1984, p. 106, n° 11 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE. Rappr. également CA Paris, 23e ch. A, 10 mai 1995 ; *JCP E* 1995, I, 505, n° 1, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN. V. plus généralement la jurisprudence citée par Y. GUYON et A. MAIROT, V° « Affectio societatis », *J. Class. art. cit.* n° 24 et n° 45 et s.

⁸¹⁴ V. A. AMIAUD, *art. cit.*, spéc. p. 5, l'article premier de la loi du 23 janvier 1929 refusait aux porteurs de parts de fondateurs la qualité d'associé malgré leur participation aux gains et aux pertes de la société, ce que l'auteur explique simplement par leur exclusion des affaires sociales.

⁸¹⁵ V. G. RIPERT, « Prêt avec participation aux bénéficiaires et société en participation », *Annales de droit commercial*, 1905, p.53 et s.,

semble nullement dépourvu de pertinence⁸¹⁶. Il est pourtant loin de constituer un élément nécessaire à toute SSPRL.

2. Le défaut de pertinence du critère en SSPRL

302. Depuis le début du XXème siècle certains auteurs alertent sur les implications conceptuelles de la pratique des grandes sociétés de capitaux de l'ère industrielle et le « *desaffectio societatis* »⁸¹⁷ qui leur semble inhérent. Le phénomène de l'actionnaire bailleur de fonds, caractérisé par son désintérêt pour les affaires sociales et son défaut de collaboration, est ainsi de longue date visé comme le marqueur de la rupture de ces structures avec le contrat de société (a). Mais la législation contemporaine accentue encore cette rupture en institutionnalisant le désintérêt de ces actionnaires pour l'entreprise commune notamment via la création d'actions dépourvues de droit de vote (b). L'observation de ces phénomènes laisse peu de doute quant à la place de la collaboration en droit contemporain des SSPRL. D'ailleurs, la figure des structures unipersonnelles, assurément antinomique avec toute idée de contrat ou de collaboration, constitue également un démenti évident à la conception classique.

⁸¹⁶ On aurait pu encore montrer la pertinence de ce critère de collaboration en opposant la situation de l'associé à celle du salarié ou encore du métayer, v. not. A. VIANDIER, *op. cit.* n°177 et s., p 172 et s.

⁸¹⁷ F. SPETH, *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, thèse Liège-Paris 1957, n°214, cité par C. BAILLY-MASSON, « La fictivité, une épée de Damoclès disparue », *LPA* 2000, n°16, p. 4 et s.

a. *La figure des actionnaires à l'esprit de « bailleurs de fonds »*

303. Présentation – Il est depuis bien longtemps admis que « l'état d'esprit » de nombreux actionnaires, essentiellement au sein des structures de grande taille, est celui d'un simple investisseur qui, dans une démarche purement individualiste, ne recherche en acquérant un titre qu'à placer une somme d'argent afin d'en retirer une plus value lors de sa cession – les plus patients pouvant espérer une distribution de dividendes – tandis qu'il se désintéresse absolument des questions relatives à l'activité organisée en société⁸¹⁸.

⁸¹⁸ Les travaux qui décrivent le phénomène se concentrent le plus souvent sur les sociétés par actions et essentiellement sur la société anonyme (v. par exemple, C. CHAMPAUD, *op. cit.*, spéc. n°27 et s., p. 27 et s.) ; certains limitent d'ailleurs le champ de leurs observations aux seules sociétés cotées (v. par exemple C. COUPET, *op. cit.*, n°27, p. 39). Historiquement il est vrai que l'actionnaire de SA fut essentiellement pensé comme un simple financier (v. *supra* Partie 1) et ces structures, archétypes de ce qui est communément appelé sociétés de capitaux, offrent un terreau particulièrement favorable à ce phénomène pour de très nombreuses raisons, trois paraissent évidentes.

Cela tient vraisemblablement tout d'abord à l'anonymisation des actionnaires et à la disparition du lien inter-individuel qui en découle, phénomène trouvant sa cause d'une part dans le nombre considérable de membres que peuvent connaître ces structures et d'autre part dans la libre cessibilité voire la négociabilité propre aux actions, favorisant un certain « *turn-over* » parmi les actionnaires – *a fortiori* lorsque la structure fait appel public à l'épargne. C'est donc une absolue fongibilité de l'actionnaire qui peut exister dans ce type de structures, laquelle semble peu compatible avec une conception traditionnelle de la participation à un lien contractuel surtout lorsque celui-ci est supposé reposer sur un *affectio societatis*.

Ensuite, le principe selon lequel, dans ces structures, la part dans le capital détermine le poids politique, entraîne un prévisible désintérêt pour la chose sociale de la part des petits actionnaires : ceux-ci, conscients de l'importance dérisoire de leur vote, se détournent presque mécaniquement de la gestion de l'activité sociale.

Enfin, la limitation de la responsabilité inhérente à ces structures attire évidemment un public en quête de placements de capitaux ne portant aucun intérêt pour les affaires sociales : à raison du faible risque qu'il court, le porteur de parts de ces structures peut en effet s'offrir le luxe de n'y prêter aucune attention.

Cela étant dit, il semble que le constat dressé jusqu'alors exclusivement pour la société anonyme puisse être étendu sans hésitation à la SAS : structure caméléon, celle-ci peut parfaitement fonctionner comme une SA qui ne dit pas son nom, selon les modalités statutairement retenues (V. not. J. PAILLUSSEAU, « La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des affaires », *D.* 1999, chron. p. 333) sinon qu'elle ne peut en principe faire appel public à l'épargne.

Mais le constat nous semble pouvoir être également étendu, dans une moindre mesure peut-être, à la SARL dans certaines configurations. Initialement « hybride », à mi-chemin de la société de personne et de la société de capitaux (J. BOUCOURECHLIEV, N. HUET, « De natura SARL », in *Études Sayag, Litec*, 1977, p. 177 et s.), cette structure tend de l'avis quasi unanime, à se rapprocher de la société de capitaux depuis la loi de 1966 et les réformes ultérieures (V. not. Ph. MERLE, A. FAUCHON, *op. cit.*, n°209, p. 220 ; J. DERRUPÉ, « Le nouveau visage de la SARL dans la loi du 24 juillet 1966 », in *Mélanges Brêthe de la Gressaye*, Bière, 1967, p. 177). S'il est vrai que la cession de parts de SARL, malgré un mouvement de fluidification (v. not. à propos des aménagements instaurés par l'ordonnance du 25 mars 2004, les observations de A. LIENHARD, « Les assouplissements du régime de la SARL (ordonnance du 25 mars 2004) », *D.* 2004, p. 930), ne connaît pas la liberté qui caractérise le système actionnarial, il reste qu'à d'autres égards, cette structure sociale partage avec les sociétés par actions un certain nombre de caractères favorables à la présence d'« associés bailleurs de fonds ». Tout d'abord, le nombre maximum d'associés, multiplié par deux par la réforme de 2004, s'élève désormais à cent (art. L223-3 C.com.), ce qui tend naturellement à favoriser un certain anonymat et par voie de conséquence un certain individualisme propre au « bailleur de fonds ». Ensuite, à l'instar des sociétés par actions, le pouvoir politique est, dans la SARL, indexé sur la détention du capital (art. L223-29 C.com. ; au rebours donc du système usité dans les sociétés de

304. Cette figure de l'actionnaire à l'âme de « bailleur de fonds » – dont la paternité de la mise en lumière est généralement attribuée à G. Ripert⁸¹⁹ – aussi insatisfaisante qu'elle puisse paraître à certains sur le terrain juridique à raison de l'évanescence de ses contours⁸²⁰, n'en reste pas à tout le moins une réalité « psycho-socio-économique » incontestable⁸²¹. La figure de « l'épargnant qui souscrit cent actions de *France Télécom* lors de sa privatisation car tous les journaux l'ont assuré d'une confortable plus value à court terme »⁸²² se rencontre inévitablement dans toute grande société de capitaux⁸²³, et

personnes où le pouvoir est réparti selon le principe d'égalité de voix entre associés) ce qui, pour les raisons évoquées plus haut, favorise un désintérêt des petits porteurs vis-à-vis de la chose sociale. Enfin, comme son nom l'indique, la SARL offre le bénéfice de limitation de responsabilité à ses membres et incite par là à la passivité, en particulier chez les « petits porteurs » qui peuvent considérer leur mise dans la société comme un placement sans grands risques et dont il peuvent par conséquent, se désintéresser.

Dans ces conditions, et au regard du mouvement général qui tend à l'alignement des SARL sur le régime des sociétés par actions (v. not. les commentaires de l'ordonnance du 25 mars 2004 d'A. LIENHARD, *D.* 2004, p. 930, *précité*, également T. MASSART, « Aspects sociétaires de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises », *BJS* 2004, p. 743), il semble possible de considérer que le phénomène décrit dès le début du siècle dernier à propos des actionnaires, est aujourd'hui en voie de s'étendre au delà des seules sociétés par actions pour toucher les SARL. Bien entendu, la SARL reste et restera probablement à moyen terme, largement utilisée dans un cadre d'entrepreneuriat familial, mais cela n'exclut pas qu'elle puisse, dans certaines configurations, connaître des utilisations en tant que société de capitaux, composée de « porteurs de parts simples bailleurs de fonds » à la manière des « actionnaires bailleurs de fonds ».

⁸¹⁹ Cette paternité lui est d'ailleurs contestée car il semble que le phénomène décrit en 1946 dans les *Aspects juridiques du capitalisme moderne (op.cit)* était déjà perçu plus tôt par d'autres auteurs, v. notamment, A. VAVASSEUR, *Traité théorique et pratique des sociétés par actions*, Cosse et Marchal, 1868, p. IV ; v. égal. J. HAMEL, « L' "affectio societatis" », *RTD Civ.* 1925, p. 761, spéc. p. 766 et 774. Plus généralement sur cette distinction entre les différents types d'actionnaires, v. essentiellement C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par action*, Sirey, 1962, spéc. p. 27 et s. ; J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique juridique d'organisation de l'entreprise*, préc., p. 7. ; D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, préc., n° 12 ; E. CASIMIR, *th. cit.* n°20 et s. et les auteurs cités en note.

⁸²⁰ V. not. E. CASIMIR, *th. cit.*, n°46 et s., p. 45 et s., A. DALION et A. TADROS, « La catégorisation des actionnaires, un pas de plus ou un pas de trop ? Libre propos sur les perspectives d'évolution du droit des sociétés », *Bull. Joly bourse*, 2009, p. 406.

⁸²¹ Rappr. L. MAZEAUD « La souveraineté de fait dans les sociétés anonymes en droit français » *Travaux de l'association H. Capitant*, t. XV, 1963, p.330 et s.

⁸²² Ph. MERLE, A. FAUCHON, *Sociétés commerciales, op. cit.*, n°57, p. 76.

⁸²³ Rappr. D. SCHMIDT, « L'intérêt social. Prolégomènes », *Bull. Joly* 2004, p. 469, spéc. n° 8 : pour qui certains actionnaires de ces grandes sociétés de capitaux « ne considèrent les actions que comme des "instruments financiers" au sens de l'article L. 211-1-I-1° du Code monétaire et financier et spéculent sur la variation des cours comme ils spéculeraient sur celle des marchandises ou des indices ; ils attendent un enrichissement qui provient non de l'enrichissement social mais de fluctuations dont les causes peuvent être totalement déconnectées de la situation économique ou financière de l'émetteur ; ils n'agissent pas en qualité d'actionnaire et leur intérêt n'est pas celui de l'actionnaire ». Et déjà L. MAZEAUD, *art. cit.* spéc. p. 342 selon qui les actionnaires ne sont bien souvent rien d'autre que des « souverains déçus, à la manière des « rois fainéants » qui s'en remettaient aux maires du Palais », des « obligataires de seconde zone » et qui suggérait déjà de remettre le droit en harmonie avec les faits en supprimant le droit de vote. Rappr. enfin J.-J. DAIGRE, pour qui la société cotée est devenue avant tout un instrument de financement ; bien plus qu'un groupement démocratique de personnes (« Les émissions sans droit préférentiel de souscription », *rev. Sociétés*, 2004, p. 479 et s., spéc. n°20, p. 288).

parfois au delà⁸²⁴. Or de fait, ces associés bailleurs de fonds ou ces « consommateurs de produits financiers »⁸²⁵ n'ont que faire de l'activité sociale et n'ont nullement le désir de s'immiscer de près ou de loin dans sa gestion⁸²⁶. Parce qu'ils se considèrent « non comme des associés mais comme des créanciers, ils se comportent comme tels »⁸²⁷. En somme, ils ne paraissent pas animés du moindre désir de collaboration avec qui que ce soit, et le droit qui leur est conféré de participer aux décisions collectives leur est indifférent ; en deux mots, leur velléité de collaboration est inexistante⁸²⁸.

305. Cela dit, malgré la perception de ce phénomène du « dédoublement de la condition d'actionnaire »⁸²⁹ depuis plus d'un siècle déjà⁸³⁰, et en dépit des multiples tentatives de systématisation⁸³¹ d'une distinction entre les véritables associés « au sens ancien et réel du terme »⁸³² et ceux qui ne sont que de simples « bailleurs de fonds » : des indifférents, des passants, des porteurs de titres⁸³³, ou encore des « investisseurs »⁸³⁴ ou des spéculateurs⁸³⁵, force est de constater que la qualité d'associé de ceux-ci ne fut jamais véritablement remise en cause par le législateur ; pas au point du moins, de le conduire à véritablement reconsidérer les postulats de ses constructions. La doctrine quant à elle, préfère le plus souvent se débarrasser de la notion d'*affectio societatis* qui ne rend pas

⁸²⁴ V. supra, note 107.

⁸²⁵ V. Ph. BISSARA : Ph. BISSARA, P. DIDIER et P. MISSEREY, « L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? », *JCP E, Cah. dr. entr.* 1994/5, p. 18.

⁸²⁶ V. P. ÉTAIN, note sous Cass. com. 21 oct. 1997, *LPA*, 11 févr. 1999, p. 15 qui, distinguant entre les associés politiques et les associés investisseurs décrivait ces derniers comme ceux « dont la seule volonté est de réaliser des bénéfices sans se préoccuper de la vie de la société ». L'auteur considérait d'ailleurs ces derniers comme dépourvus d'*affectio societatis*.

⁸²⁷ C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, op. cit., p. 18.

⁸²⁸ Rapp. J. HAMEL, art. cit. p. 774 et 776 ; J.-M. DE BERMOND DE VAULX, « Le spectre de l'*affectio societatis* », *JCP E* 1994, p. 346.

⁸²⁹ C. CHAMPAUD, « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires », *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 161 et s., spéc. p. 163. Il convient de remarquer que le profil de ces actionnaires bailleurs de fonds est lui-même protéiforme et susceptible de divisions. Peuvent en effet se comporter comme de simples créanciers, à la fois le puissant fond d'investissement qui acquiert des actions pour un temps court en vue d'une spéculation rapide, comme le père de famille qui se procure quelques actions d'une société cotée en vue d'un investissement sûr de long terme.

⁸³⁰ V. A. VAVASSEUR, *Traité théorique et pratique des sociétés par actions*, op. cit., p. IV.

⁸³¹ V. not. C. CHAMPAUD, op. cit. spéc. n° 26 ; D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, préf. J.-M. BISCHOFF Sirey, 1970, , spéc. n° 12 et s. ; F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières – pour une fiducie des valeurs mobilières*, LGDJ, 1997 ; « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur », *RD bancaire et fin.* 2002, p. 216 ; « Du contrat de société au contrat d'investissement », *RDBF* 2005, p. 50 ; et plus récemment, E. CASIMIR, th. cit.

⁸³² G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, préc., n°39 p. 93-94

⁸³³ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, préc., n° 45, p. 108-109.

⁸³⁴ V. F. X. LUCAS, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? », art. cit. ; « Du contrat de société au contrat d'investissement », *RDBF* 2005, p. 50

⁸³⁵ D. SCHMIDT, « L'intérêt social. Prolégomènes », art. cit.

compte de ces actionnaires investisseurs, plutôt que d'acter définitivement la remise en cause du statut d'associé de ces sortes d'actionnaires⁸³⁶.

306. Prise en compte prétorienne du phénomène des actionnaires dépourvus d'*affectio societatis* – On note toutefois à la marge de notre droit quelques aménagements et quelques traces de la prise en compte de ce peu d'*affectio societatis* dont sont animés ces sortes d'actionnaires. Ainsi, les juges ont-ils par exemple semblé accepter de ne pas appliquer la prohibition des clauses léonines à ce type d'actionnaires purement investisseurs⁸³⁷. Vraisemblablement, leur raisonnement fut schématiquement le suivant : la prohibition des clauses léonines découlant de l'exigence d'*affectio societatis*, cette prohibition n'aurait pas lieu de jouer – ou du moins de manière plus souple – en présence de ce type d'actionnaires bailleurs de fonds puisque ceux-ci ne sont, par définition, animés d'aucun *affectio societatis*. Autrement dit, les juges décidèrent-ils de « réserver l'application de la prohibition des clauses léonines aux seuls associés véritables, à l'exception des investisseurs, fussent-ils propriétaires de droits sociaux, qui sont dépourvus d'*affectio societatis* et ne font que rendre un service financier à la société »⁸³⁸. Par cette jurisprudence, la Cour de cassation vint ainsi par un heureux pragmatisme reconnaître cette évidence pourtant bien peu orthodoxe, qui est que certains actionnaires ne sont animés

⁸³⁶ Rappr. sur cette question : Y. GUYON, « *Affectio societatis* » *Fasc. préc.* notamment §8 ; A. VIANDIER, *th. cit.* n° 86 et s. p. 87 et s.

V. cependant à l'inverse, F.-X. LUCAS, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? », *art. cité* ; « Du contrat de société au contrat d'investissement », *art. cité* ; C. CHAMPAUD, « Le contrat de société existe-t-il encore », in *Le Droit contemporain des contrats*, Economica 1987, p. 125 et s. ; rappr. également F. MASSON, « Les métamorphoses de l'associé », *Revue des sociétés*, 2016, p.84.

⁸³⁷ V. Cass. com., 16 nov. 2004, n° 00-22.713, *Dr. sociétés* 2005, comm. 12 ; *D.* 2004, p. 3144, note A. LIENHARD ; *Bull. Joly* 2005, p. 270, note N. MATHEY ; *RTD com.* 2005, p. 111, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Rev. sociétés* 2005, p. 593, note H. LE NABASQUE ; *JCP E* 2005, 131, obs. J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER ; *Dr. et patrimoine* févr. 2005, p. 133, note D. PORACCHIA ; *RD bancaire et fin.* janv.-févr. 2005, p. 32, note A. COURET ; *RDC* 2005, p. 3.96, note F.-X. LUCAS ; Cass. com., 27 sept 2005, n° 02-14.009, *Dr. sociétés* 2005, comm. 210 ; H. LECUYER et comm. 217, H. HOVASSE ; *D.* 2005, p. 2681, note A. LIENHARD ; *Bull. Joly* 2006, p. 92, note A. COURET ; *Banque et droit* mars-avr. 2006, p. 58, note I. RIASSETTO ; *RDC* 2006, p. 443, obs. F.-X. LUCAS ; *RTDF* juin 2006, p. 93, obs. F. COHEN et J.-F. LOUIT.

On pourrait toujours discuter de la question de savoir si la prohibition des clauses léonines a bel et bien vocation à s'appliquer à l'hypothèse des promesses de cession d'actions à prix plancher (v. M. BUCHBERGER, *Le contrat d'apport – Essai sur la relation entre la société et son associé* : *Éd. Panthéon-Assas*, 2011, préf. M. Germain, n° 68, p. 78 ; F. X. LUCAS, M. CAFIN-MOI, *J. Class Sociétés traité*, fasc. 15-30, « Théorie des bénéfices et des pertes – clauses léonines », n°66 ; E. SCHLUMBERGER, *thèse préc.*, n° 253 et 254,). Cela reste pour ce qui nous concerne indifférent car dès lors qu'à tort ou à raison les juges ont dans ces arrêts, répondu par l'affirmative, ils n'ont validé les opérations considérées qu'à raison de la qualité des parties.

⁸³⁸ F. X. LUCAS, M. CAFIN-MOI, *J. Class Sociétés traité*, fasc. 15-30, « Théorie des bénéfices et des pertes – clauses léonines », n°55.

d'aucune forme d'*affectio societatis* et que, finalement, n'étant pas de véritables associés, ils doivent échapper aux règles qui régissent ce statut⁸³⁹.

307. En dépit toutefois des quelques manifestations éparses d'un pragmatisme lucide que connaît notre droit positif⁸⁴⁰, et malgré la conscience qu'a la doctrine de ce phénomène des actionnaires bailleurs de fonds⁸⁴¹, ce dernier ne semble pas de nature à ébranler l'image d'Epinal d'un droit des sociétés homogène. Aussi, la structure sociale personnifiée est-elle – de quelque type qu'elle soit, et quels qu'en soient les membres – toujours couramment décrite comme conçue sur la base d'un contrat de société unissant une communauté d'associés, lesquels sont supposés devoir leur qualité à l'*affectio societatis* qui les anime⁸⁴². C'est alors parfois l'idée de « notion à contenu variable » qui est sollicitée pour rendre compte d'une telle diversité de situations, mais il lui est demandé un grand écart tel que la notion ressort tout simplement vidée de toute substance puisque l'on prétend lui faire embrasser des hypothèses qui semblent parfois aux antipodes de son contenu conceptuel premier. La démarche conduit à saper toute cohérence et toute utilité de la notion qui se retrouve *in fine* à ne rien exprimer de plus que le consentement à la participation à la société⁸⁴³.

⁸³⁹ Rappr. également « Rapport sur les opérations de prêt emprunt de titres en période d'assemblée générale d'actionnaires », groupe de placé présidé par Y. MANSION, membre du Collège de l'AMF, janv. 2008.

⁸⁴⁰ On peut encore évoquer par exemple la distinction entre titre de placement et titre de participation en droit fiscal, v. C. CHAMPAUD et D. DANET, note sous Cass. com., 16 nov. 2004, n° 00-22.713 : *RTD com.* 2005, p. 111 ; v. plus généralement E. CASIMIR, *th. cit.*, p. 45 et s. ; v. aussi le dix-septième alinéa du 5° du 1 de l'article 39 du CGI et le a quinquies du I de l'article 219 du CGI.

On peut encore remarquer que l'achat d'actions n'est en principe qu'une opération civile (v. J. HAMEL, « L'*affectio societatis* », *art. cit.*, p. 767).

Quelques auteurs enfin, rapprochent de cette idée certains pans de la réglementation spécifique de l'auto-contrôle et des participations croisées ; v. C. CHAMPAUD, « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires » *art. cit.*, spéc. p. 168 et s.

⁸⁴¹ V. E. CASIMIR, *th. cit.* n°45, p. 43, qui remarque que « rares sont (...) les ouvrages de référence à ne pas consacrer quelques lignes à la distinction entre associés véritables et bailleurs de fonds », et v. les références en note.

⁸⁴² On aurait pu également illustrer ce phénomène tenant à l'existence d'actionnaires dépourvus de toute velléité de collaboration en évoquant plus spécifiquement la pratique répandue du portage d'action, réalisée par une convention par laquelle le porteur, généralement un organisme financier, « accepte sur demande du donneur d'ordre, de se rendre actionnaire par acquisition ou souscription d'actions, étant expressément convenu que, après un certain délai, ces actions seront transférées à une personne désignée à un prix fixé dès l'origine » (D. SCHMIDT, « Les opérations de portage de titres de sociétés » in *Les opérations fiduciaires*, colloque de Luxembourg, *Feduci* sept. 1984, LGDJ 1985, p. 30).

⁸⁴³ V. *supra* n°291. Rappr. G. NAFFAH, « L'*affectio societatis*, un critère qui n'en est pas un », in *Mélanges J.-J. Daigre*, Joly, 2017, p. 233 et s. ; v. encore V. CUISINIER, *op. cit.* ; D. GALLOIS COCHET « Encore l'*affectio societatis* ! » *Dr. Sociétés* 2013, Repère n°11 ; G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales*, *op. cit.*, n°1056 ; A. WAHL, *Précis de droit commercial*, Sirey, 1^{ère} éd. 1922, n°469, p.

b. La consécration légale du phénomène

308. Changement de nature du phénomène – consécration juridique de l'actionnaire dépourvu de droit de vote – Il est à remarquer que le démenti qu'apporte aujourd'hui le droit positif à la présentation traditionnelle de la SSP – en tant que société unissant une communauté d'associés – dépasse nettement celui que pouvait constater en son temps le doyen Ripert. Car ainsi qu'on vient de le voir, l'analyse de cet auteur ne s'appuyait finalement que sur l'étude empirique d'une certaine pratique et le constat d'un état d'esprit fréquemment répandu chez quelques actionnaires. Le défaut d'*affectio societatis* des actionnaires « bailleurs de fonds » se déduisait en effet seulement des mobiles animant ceux-ci, ainsi que du peu de cas qu'ils faisaient, en pratique, de leurs prérogatives d'associé. Le constat du désintérêt et du défaut de collaboration de certains actionnaires n'était alors fondé, autrement dit, que sur des considérations relatives à leur état d'esprit.

Mais le droit a depuis lors évolué et ce défaut de collaboration de certains actionnaires, qui ne consistait initialement qu'en une indifférence de fait vis-à-vis de la vie sociale, vint à être consacré juridiquement.

Comme il fallait s'y attendre en effet, et comme cela était d'ailleurs depuis très tôt suggéré⁸⁴⁴, les instruments juridiques se sont adaptés aux attentes de la pratique afin d'y mieux répondre⁸⁴⁵. Et le défaut d'intérêt de certains actionnaires pour les prérogatives issues du droit de collaborer fut ainsi juridiquement consacré par la

154 ; P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *Droit des sociétés*, Joly 2013, 2e éd., n° 26 ; J. COPPER ROYER *et a.*, *Traité des sociétés*, t. 2, 1939, Sirey, p. 627.

⁸⁴⁴ Ainsi par exemple, dès la première moitié du XX^{ème} siècle, A. Percerou prônait-il l'admission d'actions dépourvues de droit de vote en ces termes : « Aussi bien, en acceptant clairement l'emploi de ces titres, le droit ne ferait-il que reconnaître une situation qui est, dès à présent, celle de beaucoup d'actionnaires, et il n'y a généralement que des avantages à mouler en quelque sorte les institutions juridiques sur la réalité des faits » (*Lois actuelles et projets récents en matière de sociétés par actions*, éd. Rousseau, 1932, n°420). V. également A. TUNC, « Les conventions relatives au droit de vote », *Rev. gén. de dr. com* 1942, p. 967 ; également L. MAZEAUD « La souveraineté de fait dans les sociétés anonymes en droit français » *Travaux de l'association H. Capitant*, t. XV, 1963, p.330, *précité*. Plus récemment, le MEDEF sur la base du même argument, milita également pour une plus nette distinction entre « capital et pouvoir » (*Les actions de préférence : Propositions du Medef pour une modernisation du droit des valeurs mobilières*, Rapport du Mouvement des entreprises de France (Medef), juin 2001, spéc. p. 2).

⁸⁴⁵ V. F. TEFFO, *op. cit.* n° 326 et s. p. 142 et s.

création d'actions débarrassées de ces inutiles prérogatives. C'est ainsi qu'en 1978, le législateur permit l'émission d'actions à dividendes prioritaires sans droit de vote⁸⁴⁶ – auxquelles vinrent s'adjoindre, en 1983, les certificats d'investissement et de droit de vote⁸⁴⁷ – que remplacent depuis 2004 les actions de préférence sans droit de vote⁸⁴⁸. L'actionnaire peut donc désormais n'être titulaire d'aucun droit de vote⁸⁴⁹, sans que pour autant la présentation courante de la SSP forgée sur le contrat de société, ne s'en trouve véritablement ébranlée. Comment pourtant prétendre alors que les titulaires de ce type d'actions sont dotés de l'*affectio societatis* si l'on fonde cette notion sur l'idée de collaboration ?

309. Plus généralement d'ailleurs, s'il est vrai qu'à l'heure actuelle « les cas de suppression du droit de vote sont strictement réservés au législateur »⁸⁵⁰, on observe dans l'évolution du droit positif une certaine tendance générale à la « désacralisation du droit de vote »⁸⁵¹. Et si la jurisprudence montre encore les marques d'une réticence à admettre des limitations à ce droit hors des hypothèses prévues par la loi⁸⁵², de sérieux doutes quant à sa longévité peuvent être émis compte tenu des brèches qu'ouvre le législateur et dont on sait qu'elles annoncent souvent la chute des édifices que l'on croyait les plus solides⁸⁵³.

⁸⁴⁶ V. C. JAUFFRET-SPINOSI, « Les actions à dividende prioritaire sans droit de vote », *Rev. sociétés* 1979, p. 25.

⁸⁴⁷ V. B. BOULOC, « Les nouvelles valeurs mobilières : les certificats d'investissement et les titres participatifs », *Rev. sociétés* 1983, p. 501 ; A. COURET, « Les nouveaux titres représentatifs de fonds propres », *Bull. Joly* 1986, p. 559 ; J. RICHARD, « Les sociétés par actions et la loi sur le développement des investissements et la protection de l'épargne », *JCP* éd. CI 1983, I, 13919.

⁸⁴⁸ Art. L. 228-11 et s. C. com. ; v. J.-J. DAIGRE, « L'aménagement du droit de vote », in Dossier spécial « La réforme des valeurs mobilières », *RDBF* 2004, p. 364 et s., M. GERMAIN, « Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : les actions de préférence », *Rev. sociétés* 2004, p. 597 ; P. LE CANNU, « L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 et les actions de préférence », *RTD com.* 2004, p. 533 ; F. DRUMMOND, « Un nouveau principe : la liberté d'émettre toutes valeurs mobilières », in Dossier spécial « La réforme des valeurs mobilières », *RDBF* 2004, n° 5, p. 348 et s. ; A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *JCP* éd. E 2004, n° 40, p. 1440 ; et à propos de la réforme du 6 novembre 2008 : H. LE NABASQUE, « La réforme des actions de préférence », *JCP* éd. E 2008, n° 48, p. 2445.

⁸⁴⁹ V. plus généralement, C. COUPET, *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, *op. cit.* et spéc. n°27 et s. ; A. LE FUR, « Concilier l'inconciliable : réflexions sur le droit de vote de l'actionnaire », *D.* 2008, p. 2015 et s. ; J.-J. DAIGRE, « Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé », *JCP E*, 1996, p. 317 et s. ; T. BONNEAU, « La diversification des valeurs mobilières : ses implications en droit des sociétés » *RTD com.* 1988, p. 535 et s. ; P. LEDOUX, *Le droit de vote des actionnaires*, LGDJ 2002, préf. Ph. MERLE.

⁸⁵⁰ C. COUPET, *op. cit.* n°27, p. 39.

⁸⁵¹ Ph. MERLE cité par J.- J. DAIGRE, « Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé », *préc. spéc.* p. 317 ; et sur cette idée plus généralement, v. notamment : J.-J. DAIGRE, *ibid* ; D. COHEN, « Les conventions de vote », in *Mélanges Ch. Larroumet*, Economica, 2010, p. 97 et s., spéc. n°19, p. 104 ; M. GERMAIN, « Le droit de vote », *LPA*, 4 mai 2001, p. 8 ; v. *contra*, not. C. COUPET, *op. cit.* , n°23 et s., p. 32 et s.

⁸⁵² V. C. COUPET, *op. citée*, n°38 et s. p. 47 et s.

⁸⁵³ Rappr. P. LE CANNU, « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives », in *Mélanges Ph. Merle*, Dalloz 2013, p. 443 et s., spéc. n°19, p. 450 : l'auteur, après avoir rappelé la

Ainsi par exemple, la jurisprudence justifie-t-elle son refus d'admettre les conventions qui instaурeraient une cession du droit de vote par le caractère trop essentiel de la prérogative dont se départirait le cédant⁸⁵⁴. Mais combien de temps les juges pourront-ils maintenir cette position dès lors que le législateur en a sapé le fondement en consacrant les actions de préférences sans droit de vote et qui confèrent prétendument la qualité d'associé sans pour autant accorder de droit de voter. N'est-ce pas alors le signe que le droit de vote n'est pas aussi essentiel que l'on aurait pu le croire est-on alors tenté de penser ? Et déjà fleurissent sur la base de cet argument les encouragements à un assouplissement de la jurisprudence relative aux conventions de vote⁸⁵⁵.

310. La chimérique collaboration de l'associé de structure unipersonnelle – C'est ensuite la figure de la « société unipersonnelle » qui en elle même porte un démenti manifeste à la prétendue nécessité de collaboration en SSPRL⁸⁵⁶. Il va évidemment de soi en effet que toute collaboration est par essence antinomique avec le principe de ces structures qui, précisément, ne comportent qu'un seul associé, sauf à admettre au prix de certaines contorsions intellectuelles que c'est avec lui même que l'associé unique entend collaborer⁸⁵⁷. Mais on pourra bien rétorquer que l'argument est facile et porte peu au delà

jurisprudence affirmant le caractère essentiel du droit de vote de l'actionnaire, conclut que « l'ordonnance du 24 juin 2004 donne à ces harmonies le ton d'un chant du cygne ».

⁸⁵⁴ V. à propos d'une cession comportant mandat irrévocable de vote du cessionnaire en faveur du cédant, Com. 17 juin 1974, *Gaz. Pal.* 1975, p. 127 ; et plus généralement, D. COHEN, « Les conventions de vote », in *Mélanges Ch. Larroumet*, Economica, 2010, p. 97 ; C. FREYRIA, « Étude de la jurisprudence sur les conventions portant atteinte à la liberté de vote dans les sociétés », *RTD com.* 1951, p. 419 ; A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 253 ; M. JEANTIN, « Les conventions de vote », Colloque de Deauville des 16 et 17 juin 1990, « La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions », *RJ com.* n° spec. nov. 1990, p. 124 ; A. VIANDIER, « Observation sur les conventions de vote », *JCP E* 1986, 15405 ; J. PENNEAU, « De l'irrégularité des conventions de vote dans le droit des sociétés commerciales », *JCP CI* 1975, II, 11776.

⁸⁵⁵ V. par exemple P. LEDOUX, « La nature de la préférence » *BJS* 2006, p. 1219 et s. : « L'actionnaire sans droit de vote est désormais une réalité incontestable. (...) Plutôt que l'aboutissement d'un lent mouvement de « désacralisation » du droit de vote, nous préférons y voir le point de départ d'une évolution devant conduire, à terme, à la cessibilité de ce droit. » ; v. également, P. LEDOUX, *Le droit de vote des actionnaires*, LGDJ 2002, préf. Ph. MERLE, n°228 et s. ; v. également, favorable à l'admission de la cession du droit de vote, D. SCHMIDT, « Cédez vos droits de vote » : *BJB*, nov. 2008, Éditorial, p. 439 ; D. SCHMIDT, « Empty voting », *BJB* 2012, p. 42.

⁸⁵⁶ V. P. SERLOOTEN, *art. cit.* spéc. p. 1009 ; G. NAFFAH, *art. cit.*, spéc. p. 239-240 ; rapp. K. RODRIGUEZ, « Réflexions sur la société anonyme unipersonnelle » : *Bull. Joly* 2006, p. 9 et s. spéc. p. 16 et s.

⁸⁵⁷ V. K. RODRIGUEZ, *ibid.* ; V. SIMON, « L'affectio societatis », *RDC* 2016, p. 343 et s., spéc. p. 344 ; P. SERLOOTEN, « L'affectio societatis, une notion à revisiter », *préc.*, spéc. p. 1016-1017.

de ce que la figure de la société unipersonnelle, en son principe, apporte comme démenti à l'exigence de contrat de société⁸⁵⁸.

311. Il ressort en tout cas suffisamment clairement d'une brève observation du droit positif comme de sa pratique que l'idée d'un *affectio societatis*, entendu sous le prisme de l'idée de collaboration, qui animerait nécessairement tout participant à une structure sociale personnifiée à responsabilité limitée doit être rejetée. Cette opinion connaît de trop nombreux et évidents démentis.

Ainsi entendu sous ce prisme, l'*affectio societatis* bien qu'essentiel au contrat de société apparaît largement indifférente en droit positif des SSPRL, ce constat est de nature à conforter l'idée d'une émancipation de ces structures vis à vis de la société.

312. Mais, l'*affectio societatis* reçoit une multitude d'acceptions et de définitions on l'a dit. Grossièrement toutefois, hormis la notion de collaboration déjà envisagée, ce sont principalement aux idées d'égalité et de participation commune aux résultats que ces diverses définitions se rapportent, tant en doctrine⁸⁵⁹ qu'en jurisprudence⁸⁶⁰. Puisque la vocation commune aux résultats sera étudiée ultérieurement en tant que critère autonome du contrat de société⁸⁶¹, il nous reste à envisager ici une seconde acception de l'*affectio societatis*, fondée sur l'idée d'égalité.

B. L'égalité

⁸⁵⁸ On tente parfois aujourd'hui de concilier les structures unipersonnelles et l'*affectio societatis* en entendant alors ce dernier comme la volonté de l'associé unique de créer et de faire fonctionner une société dont le patrimoine ne serait pas confondu avec le sien (K. RODRIGUEZ, *préc.* p. 17). Le membre unique devant ainsi « avoir la volonté de se comporter comme un “associé”, c'est-à-dire comme le membre d'une personne morale, en respectant l'objet social de celle-ci dans sa gestion quotidienne et en veillant à éviter toute confusion entre les biens qui composent le patrimoine social et ses biens personnels » (A. CHARVERIAT, A. COURET, B. ZABALA et B. MERCADAL, *Sociétés commerciales : Mémento Lefebvre*, 44e éd., 2012, n° 35611) ; v. également en ce sens, P. SERLOOTEN, M.-H. MONSERIE-BON, Y. LIBERI, *Les sociétés unipersonnelles*, Joly éditions, 2008, n° 63, p. 34. On perçoit évidemment que la notion d'*affectio societatis* est ici déconnectée du contrat de société et se voit reconstruite de toute pièce pour s'adapter à une structure personnifiée.

⁸⁵⁹ Comp. les définitions qu'en donnent Y. GUYON et A. MAIRÔT, *J. Class* « Sociétés traitée », Fasc. précité.

⁸⁶⁰ V. Cass. com., 3 juin 1986, n° 85-12.118 *précité* et Cass. com., 9 avr. 1996, n° 94-12.350 *précité*.

⁸⁶¹ V. *infra* n° 324 et s.

313. Si l'idée d'égalité est de longue date considérée comme essentielle au contrat de société et régulièrement présentée comme l'une des facettes de l'*affectio societatis*⁸⁶², on ne peut s'empêcher de noter le déclin de sa portée en droit des SSPRL⁸⁶³.

Les quelques études contemporaines consacrées à l'égalité des actionnaires sont d'ailleurs assez révélatrices : ce n'est plus que dans quelques mesures secondaires – comme le droit à l'information des associés⁸⁶⁴ – et avec une conception de l'égalité souvent bien extensive⁸⁶⁵ – que les auteurs en trouvent encore la trace.

Certains vont dès lors jusqu'à qualifier de mythe « cette égalité absolue qui existait jadis, paraît-il, quand les sociétés n'étaient que des indivisions successorales, que les associés étaient unis par l'*affectio societatis* et gouvernés par le *jus fraternitatis* »⁸⁶⁶.

314. On fera cependant observer que les rédacteurs de notre toujours actuel Code civil semblent bien avoir pensé l'égalité comme une notion cardinale de la société ; elle constituerait même, à les croire, « la nature et l'essence »⁸⁶⁷ de ce contrat. Et c'est

⁸⁶² V. par exemple E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, Rousseau et Cie, 8^e éd., 1931, n° 232, et 238 s. ; P. PIC et J. KREHER, *Des sociétés commerciales*, Rousseau, T. I, 3^{ème} éd. 1940, n° 72 s. ; P. PIC, « De l'élément intentionnel dans le contrat de société », *Ann. dr. com.* 1906, I, 153 ; LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 2^{ème} éd., n°208, cité par J. HAMEL, *art. cit.*, p. 764 ; J. MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé) », *Revue des sociétés* 1989, p. 399 ; Y. TCHOTOURIAN, *op. cit.*, n° 981, p. 610 ; Y. GUYON et A. MAIROT, « Affectio societatis », *J. Class sociétés traité*, fasc. 20-10, n°8 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 262, p. 94. Les tribunaux ont d'ailleurs eux même fréquemment recours à la notion d'égalité lorsqu'ils cherchent à définir l'*affectio societatis* : v. la définition donnée par l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 juin 1986 précité : « les associés collaborent de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité... » v. également Cass. com. 9 avril 1996, *Rev. sociétés* 1997, p. 81, n. F. BÉNAC-SCHMIDT, où l'*affectio societatis* est défini comme la « volonté non équivoque de tous les associés de collaborer ensemble et sur un pied d'égalité à la poursuite de l'œuvre commune ». Rapp. également CA Paris 23 mars 2017 n° 15/17091.

⁸⁶³ Rapp. D. SCHMIDT, *Les droits des minoritaires dans la société anonyme*, *op. cit.* p. 196, note 28 ; et déjà, en 1924, c'est par le constat du déclin de la portée de ce principe que P. CORDONNIER commençait la thèse qu'il lui consacrait (*De l'égalité entre actionnaires, droit français et législation comparée*, Arthur Rousseau, 1924, Avant Propos, p. 5) ; v. aussi S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », *APD* tome 51, 2008, « L'égalité », p. 120 et s.

⁸⁶⁴ V. not. PH. BISSARA, P. DIDIER et P. MISSEREY, « L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? », *JCP E* 1994, *Cah. dr. entr.* 1994/5, p. 18, spéc. P. DIDIER, p. 18. On remarquera d'ailleurs, qu'« un droit d'information sensiblement équivalent à celui de l'actionnaire est offert à l'obligataire » (B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD Com.* 1987 p. 457 et s., spéc. n°31, p. 469) contribuant encore au flou des frontières de l'associé.

⁸⁶⁵ V. S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », *art. cit.*, spéc. n°21 et s., p. 130 et s.

⁸⁶⁶ P. DIDIER, *art. cit.* Rapp. J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme*, th. Paris V, 1999, p. 573, n°1199, pour qui l'« approche absolutiste » du principe d'égalité « n'a jamais prévalu, sinon au temps d'un hypothétique âge d'or perdu ».

⁸⁶⁷ P.-A. FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, Tome XX, p. 384.

d'ailleurs encore ainsi que l'entendaient généralement la doctrine du XIX^{ème} siècle et du début du XX^{ème} siècle⁸⁶⁸.

En réalité, tant que le terme de société ne renvoyait qu'à un strict contrat – et non comme c'est le cas aujourd'hui, essentiellement à une structure personnifiée –, l'égalité était pensée comme centrale à cette notion. Il n'est d'ailleurs aucune raison de croire que cette conception ait pu perdre de sa pertinence dans son cadre originel.

C'est tout d'abord ce qu'il conviendra d'illustrer car c'est parce que l'égalité est bien essentielle à la notion de société (1) que les phénomènes d'inégalité entre membres d'une SSPRL doivent être analysés comme les symptômes du divorce entre les notions de SSPRL et de société (2).

1. La place de l'égalité dans le contrat de société

315. Illustration de la pertinence de l'idée d'égalité dans le contrat de société –

C'est dans l'hypothèse d'un apport en industrie tout d'abord, qu'il sera aisé de comprendre l'utilité du recours à cette notion d'égalité. Celle-ci peut en effet constituer un juste critère de distinction de la société d'avec des contrats proches comme le contrat de travail⁸⁶⁹. Ainsi, à la subordination propre au contrat de travail, s'oppose l'égalité caractéristique du contrat de société⁸⁷⁰. Que l'on songe par exemple à l'hypothèse de deux contractants qui

⁸⁶⁸ V. S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », *art. cit.* et les réf. citées.

⁸⁶⁹ V. N. REBOUL, *art. cit.*, spéc. p. 437-438 ; également P. SERLOOTEN, *art. cit.*, spéc. p. 1012, encore A. AMIAUD, *art. cit.*, spéc. p. 2. Dans certaines configurations, d'autres contrats comme le louage d'ouvrage pourrait également paraître proche et l'hésitation serait permise.

⁸⁷⁰ V. Y. GUYON et A. MAIROT, *fasc. cit.* n°8 ; J. HAMEL, *art. cit.* spéc. p. 764 ; H. BLAISE, *th. précitée*, n°187, p. 189 ; v. aussi T. MASSART, « Les apports de savoir-faire dans la SAS », *BJS* 2009, p. 1154 ; Rappr. L. NURIT PONTIER, « Repenser les apports en industrie », *LPA* 3 juill. 2002, n°132, p. 4 et s. ; spéc. §5.

Certains auteurs cependant, prétendent trouver la spécificité de l'apport en industrie – par rapport au travail salarié – dans la nature de la tâche, plutôt que dans l'idée d'égalité. L'apport en industrie ne pourrait consister, selon cette conception, qu'en un « travail de direction, sans quoi le prétendu associé ne serait qu'un employé participant aux bénéfices » (G. RIPERT, et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, p. 46, n°1550). On peut toutefois douter de la pertinence de ce critère qui semble avoir été pensé dans un cadre bien restreint : l'apport en industrie a en effet existé de tous temps dans le cadre de stricts contrats de société conclus entre un petit nombre d'associés pour des affaires d'ampleur restreinte et pour lesquelles la notion de « travail de direction » était sans objet. Que l'on pense par exemple à « la société contractée entre Barthélemy de Bene et Baptiste Neaterio » qu'évoque Troplong (*op. cit.* n°123, p. 141), par laquelle « le premier avait apporté 12 barils de sardines », tandis que le second « devait donner ses soins pour les porter en Sardaigne et en opérer la vente ». Il est certain que réaliser le voyage en Sardaigne pour y vendre des sardines ne constitue pas ce que l'on qualifierait volontiers de « travail de direction » ; pour autant ce type de prestation est bien l'archétype de l'apport en industrie sur la base duquel le régime du contrat de société fut pensé des siècles durant. Exiger que l'apporteur en industrie exerce un travail de direction semble donc excessivement restrictif.

s'engagent réciproquement à accomplir de conserve une certaine tâche dont ils comptent se partager les fruits : voire, qui s'accorderaient pour que la rémunération de l'un soit composée d'un montant fixe que s'engage à lui verser l'autre, ainsi que d'une part des bénéfices de l'opération. Convient-il de qualifier la convention considérée de contrat de travail ou bien de contrat de société, assorti le cas échéant dans la seconde variante évoquée, d'une clause prohibée pour son caractère léonin⁸⁷¹ ?

Tant la société que le contrat de travail peuvent être contractés par deux parties dont l'une s'engage à réaliser une tâche en contrepartie d'une rémunération indexée sur les bénéfices retirés de l'activité projeté on le voit ; mais l'égalité ou à l'inverse la subordination, sont deux notions permettant de résoudre la difficulté de qualification ; l'égalité étant la caractéristique de la société, la subordination celle du contrat de travail⁸⁷².

De même, dans certaines circonstances, et toujours en présence d'un apport en industrie, la convention considérée pourrait également faire naître une hésitation entre la qualification de louage d'ouvrage et de société. Ainsi, le critère de collaboration égalitaire pourrait parfois s'avérer utile à lever l'hésitation de qualification : celui qui se livre à une prestation est-il en position d'exécuter ce que lui demande précisément son cocontractant ou bien les parties sont elles placées en situation égalitaire dans la détermination du travail à réaliser ?

V. cependant usant de ce critère, CA PARIS, 2^{ème} ch. A, 9 nov. 1992, *D.* 1993, IR, 47 ; bien qu'en l'espèce, l'utilisation du simple critère d'égalité aurait suffi à résoudre la difficulté.

⁸⁷¹ Rappelons, une fois de plus que la question de la qualification de la convention doit précéder celle de sa validité.

⁸⁷² V. illustrant l'application de ce critère, Cass. com. 5 nov. 1974, *Rev. soc.* 1975, p. 492, n. Y. GUYON; Cass. Soc. 17 avril 1991, *Bull. civ.* V, n°200, p. 122 ; *adde* pour une prise en compte récente de la notion pour la caractérisation d'un contrat de société, v. CA Paris, Pôle 05, ch. 09, 23 mars 2017 n° 15/17091. V. aussi Y. GUYON, *Droit des affaires, op. cit.*, n°126, p. 131 ; encore, F.-X. LUCAS, « Théorie des bénéfices et des pertes », *J. Class Sociétés traité*, fasc. 15-10, n°25.

On pourrait certainement rétorquer que l'utilisation d'une seule de ces deux notions serait suffisante à jouer le rôle que l'on attribue ici à elles deux : il suffirait par exemple de conserver la subordination comme caractéristique du contrat de travail pour faire le départ entre ces deux contrats ; le maintien des deux notions serait inutile. Il y aurait ainsi contrat de travail en cas de subordination, et société en cas d'absence de lien de subordination.

Le raisonnement ne manque pas de rappeler l'un des principes du novlangue qu'imagina Georges Orwell et qu'exprime ainsi le personnage de Syme, dans *1984* : « C'est une belle chose, la destruction des mots. Naturellement, c'est dans les verbes et les adjectifs qu'il y a le plus de déchets, mais (...) il y a aussi les antonymes. Après tout, quelle raison d'exister y a-t-il pour un mot qui n'est que le contraire d'un autre ? Les mots portent en eux-mêmes leur contraire. Prenez "bon", par exemple. Si vous avez un mot comme "bon" quelle nécessité y a-t-il à avoir un mot comme "mauvais" ? "Inbon" fera tout aussi bien, mieux même, parce qu'il est l'opposé exact de bon, ce que n'est pas l'autre mot ».

Mais surtout, l'égalité est un trait saillant de la société qui ne sert pas seulement à la distinguer du contrat de travail auquel cette idée de subordination semble attachée. Ainsi par exemple du louage d'ouvrage : la notion d'égalité ou de collaboration égalitaire serait utile pour qualifier un contrat qui ferait naître l'hésitation entre ces deux qualifications et le seul recours à l'idée d'« absence de subordination » serait insuffisant à le lever car, à proprement parler, il n'y a subordination ni dans l'un ni dans l'autre de ces deux contrats.

La réponse apportée orientera justement semble-t-il, vers la qualification adéquate.

316. Finalement, cette idée d'égalité rejoint celle évoquée plus haut de collaboration, à laquelle elle apporte une précision essentielle car on pourrait considérer qu'il ne peut y avoir de véritable collaboration en situation d'inégalité trop accentuée. Or, le lien d'associé semble incompatible avec l'assujettissement. Ce qui caractérise et singularise la société vis-à-vis de contrats qui peuvent dans certaines circonstances s'en approcher – et qu'exprimerait la notion d'*affectio societatis* – est la vocation de tous à participer, de conserve à l'organisation de l'affaire commune⁸⁷³.

Parce que, justement, l'affaire est commune en société, elle n'est pas celle de l'employeur, du maître d'ouvrage ou de l'emprunteur etc., à laquelle viendrait simplement *concourir* salarié, entrepreneur ou prêteur. L'affaire est au contraire commune et tous ont de ce fait vocation à y collaborer sur un pied d'égalité minimale. De manière imagée et pour paraphraser un auteur, il semble possible d'affirmer que l'associé, n'« appartient » pas à l'entreprise au contraire de ce qui caractérise le salarié⁸⁷⁴ : inversement l'entreprise appartient à l'associé. Il ne saurait dès lors être assujetti par ses consorts et se place à leur côté en position d'égalité.

Or, si l'on a vu plus haut que l'idée de collaboration est utile, on remarque qu'elle peut s'avérer, à elle seule, insuffisante à désigner précisément la substantifique moelle de la société et il paraît parfois opportun de combiner donc cette idée avec celle d'égalité, car jusqu'à un certain stade, ou dans une certaine acception du terme, il peut être affirmé que le prêteur « collabore » avec l'emprunteur, que l'entrepreneur « collabore » avec le maître d'ouvrage ; jamais en revanche cette collaboration ne peut dans ces hypothèses, se faire sur un pied d'égalité sans que la relation ne dérive en une société.

2. L'inégalité en SSPRL

⁸⁷³ Rappr. P. et Ph. DIDIER, *op. cit.* n°84, p.78 et 79.

⁸⁷⁴ H. GROUDEL, « Le critère du contrat de travail », in *Mél. G.-H. Camerlynck*, 1978, p. 49 et s., spéc. p. 58 : « Ce que l'on continue d'appeler subordination n'est plus d'une manière générale en droit social, qu'un ensemble de circonstances, au demeurant fort diverses, permettant d'affirmer que le travailleur est l'un des éléments humains occupant une place dans une entreprise dont il n'est pas l'organisateur : il est celui qui appartient à l'entreprise. »

317. Si nous insistons sur cette caractéristique du contrat de société, c'est pour mieux faire ressortir la rupture que peut provoquer le jeu d'un des mécanisme centraux du droit positif des SSPRL qu'est la règle voulant que le poids politique de chaque associé y est en principe indexé sur la part de capital détenu.

Par cette règle que n'encadre – a priori – aucune limite⁸⁷⁵, on comprend que la SSPRL peut devenir le réceptacle de relations qui ne relèvent nullement d'une quelconque collaboration égalitaire.

318. La SSPRL, potentiel cadre d'une autocratie – À envisager en effet le cas d'une structure sociale par action ou d'une SARL dont la majorité absolue⁸⁷⁶ des parts ou actions serait détenue par l'un des membres, force est de constater que le ou les minoritaires sont mécaniquement soumis à une forme d'assujettissement pouvant le cas échéant dériver en une forme de subordination en cas d'apport en industrie. Et cet assujettissement sera plus manifeste encore dans l'hypothèse, parfaitement concevable, où le poids politique d'un associé est tel qu'il offre à son détenteur un pouvoir de prendre seul les décisions d'assemblée générale extraordinaire, lui donnant accès à la matrice de la société⁸⁷⁷.

Le système « démocratique » instauré par la règle de prise de décision à la majorité des voix⁸⁷⁸, outil de réalisation de la collaboration égalitaire des associés, tend ainsi à devenir purement illusoire dès lors que cette majorité de voix – et donc le pouvoir décisionnaire qu'elle confère – vient à être détenue par l'un des votants. En cette hypothèse en effet, la possibilité d'une collaboration égalitaire se trouve nécessairement balayée dans la mesure

⁸⁷⁵ Rappr. Cass. com., 11 mars 2008, n°06-19.968, *RTD com.* 2008 p.773, note C. CHAMPAUD et D. DANÉT, qui censure l'arrêt d'appel ayant déclaré fictive une SARL notamment au motif que l'associé ultra minoritaire, nommé gérant, était interdit par une clause statutaire de réaliser la moindre opération sans obtenir l'accord de l'AG – celle-ci étant sous l'emprise exclusive de son coassocié ultra majoritaire, lequel apparaissait ainsi comme le seul maître de l'affaire. La cour de cassation balaie cette justifications, ainsi que celles qui l'accompagnaient, impropres à caractériser, selon elle, le défaut d'*affectio societatis*, ou du moins le défaut d'« intention de se considérer comme associés ».

⁸⁷⁶ On sait toutefois que la SAS offre une grande liberté aux statuts pour régir les modalités de prise de décision (les statuts pouvant par exemple prévoir que certaines décisions seront prises à une certaine minorité), ainsi que la répartition des pouvoirs entre l'assemblée générale et les organes de direction. L'emploi de l'expression de « majorité absolue » est donc malhabile pour viser dans cette société le phénomène de « toute puissance » dont disposerait l'un des actionnaires au détriment des autres. Peut-être conviendrait il mieux d'évoquer une quote-part de voix offrant, au regard des règles statutaires de répartition du pouvoir, une capacité de prise de décision discrétionnaire de principe (v. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op.cit.* n°1375, p. 558).

⁸⁷⁷ Le majoritaire pouvant alors par exemple modifier l'objet social ou encore décider de la transformation ou encore de la dissolution de la société.

⁸⁷⁸ Sur lequel v. F. TERRÉ, « Fondements historiques et philosophiques de la loi de la majorité », *RJ Com.* 1991, numéro spécial « Acte du colloque de Deauville du 15 et 16 juin 1990, « La loi de la majorité », p. 9 et s.

où l'un des associés se trouve en position de prendre seul toutes les décisions⁸⁷⁹.

Il est incontestable qu'en son principe, un système démocratique de prise de décision à la majorité implique une certaine soumission de la minorité à la majorité gouvernante⁸⁸⁰. Mais si un tel mécanisme de prise de décision reste normalement l'outil d'une gouvernance égalitaire et collaborative, c'est à la condition que l'appartenance de chacun des votants au rang des minoritaires soumis ou des majoritaires gouvernants ait vocation à fluctuer au gré des votes et ne soit pas structurellement déterminée. Dès lors qu'au contraire, le système réserve structurellement la majorité des voix à l'un des votants, alors il l'institue par là même détenteur exclusif du pouvoir décisionnaire – exactement de la même manière que le ferait un système ouvertement autocratique – et le vote devient en son principe même purement artificiel, du moins change-t-il de nature pour devenir d'ordre cérémoniel.

Et dans l'hypothèse où le majoritaire absolu d'une SSPRL ferait face à un minoritaire apporteur en industrie, cette configuration pourrait faire naître un état de subordination plaçant les prétendus associés dans une relation bien proche de celle issue d'un contrat de travail.

Plus généralement, on retiendra que quelle que soit la nature de l'apport fourni par le minoritaire, une telle inégalité de poids politique conduit à rendre douteuse l'existence même d'une collaboration, critère pourtant essentiel au contrat de société.

319. L'insuffisance des garde-fous – Reste, il est vrai, certaines prérogatives irréductibles du minoritaire, essentiellement un droit d'information⁸⁸¹ et un certain pouvoir de contrôle lui permettant d'interdire au majoritaire d'abuser de sa position en faisant

⁸⁷⁹ Rappr. Ph. BISSARA, P. DIDIER et P. MISSEREY, « L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? », *JCP E* 1994, *Cah. dr. entr.* 1994/5, p. 18 et s., spéc. P. DIDIER, p. 20. On notera cependant que l'usage que fait le majoritaire de son pouvoir est relativement encadré par le contrôle de l'abus de majorité : s'il peut disposer du pouvoir de mener l'entreprise tel qu'il l'entend, le majoritaire ne peut pour autant faire primer son intérêt personnel sur l'intérêt social au détriment des minoritaires, lorsqu'il use de ses droits de votes (v. not. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op.cit.* n° 616 et s., p. 270 et s.). Cette réserve toutefois semble insuffisante à infirmer notre démonstration : l'existence de cette limite que constitue la sanction de l'abus de majorité ne paraît pas de nature à transformer en collaboration égalitaire, la relation entre un majoritaire absolu et ses consorts. Rappr., à propos de la récente consécration de la notion à l'article 1833 du Code civil, D. SCHMIDT, « La loi PACTE et l'intérêt social », *D.* 2019, p. 633 et s.

⁸⁸⁰ V. D. SCHMIDT, « Exposé introductif, La loi de la majorité », *RJ Com.* 1991, numéro spécial « Acte du colloque de Deauville du 15 et 16 juin 1990, « La loi de la majorité », p. 7, et F. TÈRRÉ, « Fondements historiques et philosophiques de la loi de la majorité », *art. précité.*, spéc. p. 19-20.

⁸⁸¹ V. plus généralement V. J.-P. SORTAIS, « Protection des minoritaires (Droit des sociétés) », in *Encyclopédie Dalloz droit des sociétés.*

prévaloir son intérêt personnel sur l'intérêt social au détriment de ses coassociés⁸⁸², voire un droit de retrait⁸⁸³. Mais ces prérogatives paraissent toutefois insuffisantes à conférer à la relation considérée les caractéristiques d'une collaboration, et *a fortiori*, d'une collaboration égalitaire.

Le minoritaire n'a concrètement rien de plus que la possibilité d'être renseigné sur l'état de l'affaire ainsi que de s'assurer que le pouvoir du majoritaire reste effectivement dans les limites de ce que sa finalité commande⁸⁸⁴ et, en cas de désaccord, de quitter la structure. Mais la propre conception que se fait le minoritaire de ce que devrait être la prétendue entreprise commune, des modifications qui mériteraient d'être apportées à son organisation, ou de la direction qu'elle devrait prendre, est finalement dépourvue de toute portée⁸⁸⁵.

320. Une spécificité des SSPRL – Une telle situation de subordination ou de défaut de collaboration, telle que permise dans les sociétés par actions et les SARL fonctionnant sur le principe d'indexation du droit de vote sur la part de capital détenue, ne peut évidemment se produire dans un système classique de société non personnifiée ou de structure sociale personnifiée dans laquelle le droit de vote se répartirait par tête et non par portion du capital⁸⁸⁶. En ce cas en effet, l'hypothèse d'un associé disposant seul du poids politique suffisant à imposer une décision aux autres ne peut mathématiquement advenir.

La situation d'un associé – ou prétendu tel – autocrate ou « contrôlant », est un phénomène qui naquit avec l'émergence des sociétés de capitaux et l'attribution proportionnelle du pouvoir au capital détenu ; et si ce phénomène aujourd'hui ne surprendra plus les praticiens de droit « des sociétés », il reste que sa conciliation avec les principes essentiels de *la société* ne va pas sans grandes difficultés.

D'ailleurs la libéralisation des valeurs mobilières a permis de rompre la corrélation entre apport et pouvoir en SSPRL et rend possible une autocratie sans même que l'autocrate

⁸⁸² V. *supra* note 879.

⁸⁸³ V. O. DOUVRELEUR, « Faut-il admettre un droit de retrait au profit des minoritaires », *RJ Com.* 1991, numéro spécial « Acte du colloque de Deauville du 15 et 16 juin 1990, « La loi de la majorité », p. 7.

⁸⁸⁴ Le contrôle de l'abus de majorité est-il ainsi souvent conçu comme la transposition du contrôle de l'abus de droit (v. not. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op.cit.*, n° 617, p. 270), ou considéré parfois comme reposant plus généralement tout à la fois « sur les concepts généraux d'abus de droit, de détournement de pouvoir, de bonne foi, de rupture intentionnelle d'égalité » (M. BOIZARD, « L'abus de minorité », *Rev. sociétés* 1988, p. 365 et s., spéc. p. 367, n° 3).

⁸⁸⁵ Cette dernière ne paraît pas en tout cas suffisante pour que l'on puisse parler de collaboration.

⁸⁸⁶ Ainsi que tel est la règle de principe dans les sociétés civiles et les sociétés en nom collectif.

n'ait à détenir la majorité du capital : on songe ici par exemple aux actions de préférence à droit de vote multiple – ou au contraire aux actions de préférence sans droit de vote – ; ces instruments facilitent en effet la réunion en une seule main du pouvoir et c'est à moindre frais qu'ils permettent la détention mécanique du contrôle d'une structure⁸⁸⁷.

321. La possibilité théorique de concilier indexation du pouvoir sur le capital et collaboration – Bien entendu, on peut trouver parfaitement justifiée la règle indexant le poids politique sur la proportion d'actions ou de parts détenues⁸⁸⁸, et il ne s'agit nullement d'en critiquer ici le principe. D'ailleurs on remarque que le Code civil prévoit que la participation aux bénéfices et aux pertes de chacun est en principe fondée sur l'importance de l'apport⁸⁸⁹ ; la prétention à prolonger cette règle d'indexation en matière de répartition du pouvoir politique paraît tout à fait naturelle.

Néanmoins, si l'on peut considérer cette règle comme un axiome sain, il reste qu'appliquée sans limite, elle est dans certaines circonstances susceptible de transfigurer la nature des relations en instaurant entre les associés une situation de subordination ou d'assujettissement pourtant antinomique avec ce qui paraît relever de l'essence de la *société*.

Aussi, de la même manière que la loi pose pour limite au principe de libre détermination statutaire des modalités de répartition des bénéfices et des pertes entre associés, que nul ne peut être exclu du partage des bénéfices et pertes, afin de parer un risque bien compris d'altération de la nature des relations entre associés, il aurait pu être envisagé d'aménager une limite comparable sur le terrain de la répartition du poids politique afin d'interdire qu'une SSPRL fonctionne de manière autocratique, caractère incompatible avec la nature du contrat de société.

Il aurait par exemple été possible pour cela de s'inspirer du régime applicable à la répartition des voix d'assemblée générale de copropriétaires qui fixe à la règle de proportionnalité du poids politique à la quote-part détenue la limite suivante : « toutefois,

⁸⁸⁷ V. not. M. GERMAIN, « Reforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : les actions de préférence », *Rev. sociétés* 2004, p. 597 et s. ; Th. MASSART, « Les actions de préférence et la question du droit de vote », *Dr. et patrimoine*, oct. 2004, p. 84 et s. ; J.-J. DAIGRE, « L'aménagement du droit de vote », *RD bancaire et fin.* 2004, p. 364 et s.

⁸⁸⁸ Sur ce principe, sa justification et sa portée, v. notamment, A. REYGROBELLET, « Proportionnalité entre capital et contrôle : faut-il interdire toute dérogation au principe « une action = une voix ? », *RTDF* 2007, n° 3, p. 101 ; C. CLERC, « Réflexions sur la démocratie actionnariale », *RTDF* 2007, n° 3, p. 88.

⁸⁸⁹ Art. 1844-1 du Code civil.

lorsqu'un copropriétaire possède une quote-part des parties communes supérieure à la moitié, le nombre de voix dont il dispose est réduit à la somme des voix des autres copropriétaires »⁸⁹⁰.

Mais à l'évidence aucune limite de cette sorte n'a été intégrée à l'architecture des régimes de SSPRL⁸⁹¹ et ces dernières peuvent ainsi fonctionner sous la direction et le pouvoir d'un seul, rompant ainsi avec les exigences de collaboration et d'égalité qui irriguent pourtant le contrat de société.

322. La pluralité de statuts d'associé au sein d'une même société n'est pas en soi incompatible avec le principe d'égalité – Subsidiairement enfin on ajoutera que, bien qu'il soit souvent cité en contre-exemple du rôle que tiendrait l'égalité en droit des sociétés, le phénomène de pluralité de statuts d'associés qui découle tant de la figure de la société en commandite que du principe des actions de préférences nous apparaît assez peu probantes à cet égard⁸⁹².

En effet, au regard tout au moins des justifications qui nous ont semblé commander cette exigence d'égalité, il semble que le contrat de société puisse tout à fait s'accommoder d'un certain degré de diversité dans les prérogatives respectives des divers associés. Rien ne nous permet de conclure, autrement dit, qu'un contrat de société ne pourrait supporter qu'une égalité pure et parfaite entre associés. L'inégalité nous a paru inconciliable avec le contrat de société uniquement lorsqu'elle est telle qu'elle rend purement illusoire la collaboration entre associés ou qu'elle dérive en assujettissement⁸⁹³.

Or, s'il est vrai que tant la figure des actions de préférence que celle de la commandite impliquent en leur principe, l'application de régimes d'associés distincts au sein d'une même société, ce seul constat ne nous paraît pas suffisant pour conclure à l'incompatibilité

⁸⁹⁰ Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, art. 22, I, al. 2.

⁸⁹¹ Rapp. J. Class. Sociétés traité, fasc. 7-40 « Consentement des parties – Sociétés fictives et frauduleuses » par A. MARTIN-SERF, n°29.

⁸⁹² V. par exemple J. HAMEL, *art. cit.*, p. 765, qui visait alors au lieu des actions de préférence les actions prioritaires, dont les premières descendent directement et offrent la possibilité d'une plus grande diversité de statuts encore que celle que permettaient leurs aïeux. (Sur le mouvement général de libéralisation des valeurs mobilières, v. not. T. BONNEAU, « La diversification des valeurs mobilières : ses implications en droit des sociétés » *RTD com.* 1988, p. 535 et s. ; H. HOVASSE, « La diversification des valeurs mobilières émises par les sociétés, *Droit des sociétés*, déc. 2000, p. 26 et s. ; B. OPPETIT, « Les tendances actuelles du droit français des sociétés », *RIDC*, 1989, p. 117 et s. F. DRUMMOND, « Un nouveau principe : la liberté d'émettre "toutes valeurs mobilières" », *RD bancaire et financier* 2004, n° 5, p. 361 ; M. GERMAIN, « Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : les actions de préférence », *Rev. Sociétés*, 2004, p. 597). V. encore P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, th. Paris 1924, n°15 et s., p. 49 et s.

⁸⁹³ Rapp. A. AMIAUD, *art. cité*, spéc. p.3 et s.

de ces figures avec l'exigence d'égalité, compte tenu de la portée que lui confèrent les justifications jusqu'ici envisagées.

323. Conclusion de sous-section – Ainsi, quelle que soit l'acception retenue, quel que soit l'élément de définition appréhendé, il apparaît flagrant que l'*affectio societatis* n'est en aucune manière une nécessité en SSPRL tandis qu'il apparaît au contraire essentiel au strict contrat de société⁸⁹⁴. Ce constat accrédite une fois de plus la thèse d'une déconnection entre SSPRL et contrat de société qui constitue l'objet de notre démonstration.

Par ailleurs, nous l'évoquions plus haut⁸⁹⁵, le défaut de prise en compte de la rupture désormais consommée entre SSPRL et contrat de société s'avère nuisible en appauvrissant le droit d'un concept qui, à force de déformation, en vient à être défiguré.

En effet, faute de reconnaître la rupture entre société et SSPRL, doctrine et jurisprudence sont contraintes de s'efforcer à une vaine conciliation de la notion d'*affectio societatis* avec le droit contemporain des SSPRL, démarche impliquant naturellement une redéfinition du contenu conceptuel du premier qui, jeté sur le lit de Procuste, est réduit à n'exprimer rien de plus que le consentement à l'acte social.

Certains auteurs en viennent aussi à analyser ce constat du défaut de nécessité d'*affectio societatis* en SSPRL comme la marque d'un défaut de pertinence de la notion⁸⁹⁶, et prônent alors son abandon. Mais c'est alors « jeter l'enfant avec l'eau du bain » car il suffit de laisser l'*affectio societatis* cantonné à son champ d'application naturel au sein du strict contrat de société pour qu'il donne les preuves de sa pertinence et de son utilité.

Sous-section 3 - La vocation aux résultats sociaux

⁸⁹⁴ V. pour un exemple de l'utilité de la notion dans le strict cadre du contrat de société, Cass. com. 8 févr. 2000, *BJS* 2000, p. 661 note R. BAILLOD.

⁸⁹⁵ V. *supra* n°291.

⁸⁹⁶ V. par exemple Th. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 581 et s. spéc., p. 633, pour qui les multiples définitions de l'*affectio societatis* « cachent mal la crise de la notion. [...] La passivité des associés bailleurs de fonds, l'existence de titres sans *affectio societatis*, de sociétés dans lesquelles certains associés n'ont pas ou guère d'*affectio societatis*, de sociétés sans *affectio societatis*, de différences d'intensité dans l'*affectio societatis* [...] montrent l'éclatement du concept et son déclin ».

324. Caractère fondamental de ce critère en société – La vocation des associés aux résultats sociaux est le dernier critère du contrat de société qu'il nous reste à envisager dans le cadre de notre démarche consistant à confronter le droit contemporain des SSPRL à la notion de société, outil de bornage supposé du champ d'application de celles-ci.

Des juristes romains aux rédacteurs du Code civil en passant par Pothier, la vocation de chacun à jouir et à souffrir des résultats de l'activité commune, qui figure aujourd'hui au rang des éléments de définition qu'en donne l'article 1832, semble avoir été constamment considérée comme inhérente au contrat de société⁸⁹⁷.

En effet, la vocation des associés à profiter des bénéfices sociaux⁸⁹⁸ est tout d'abord analysée traditionnellement comme la cause même de leur engagement⁸⁹⁹ – et si la portée positive de cette notion est aujourd'hui devenue incertaine depuis sa suppression formelle du Code civil, tout au moins conserve-t-elle sa vertu

⁸⁹⁷ V. F. KERDERIAN, « La contribution aux pertes », *Rev. des sociétés* 2002, p. 617 et s., spéc., n° 1 à 5 et les références citées ; M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, Du contrat de société civile et commerciale, ou commentaire du titre IX du livre III du code civil*, Paris, 1843, t. 2, n° 647, p. 118 ; F.-X. LUCAS, « Théorie des bénéfices et des pertes, Bénéfices, économies et pertes », *J.-Cl. Sociétés*, Fasc. 15-10, n° 1 et 2 ; P. DIDIER, *Droit commercial, tome II, L'entreprise en société, les groupes de sociétés*, PUF 1999, coll. Thémis, 3e éd., p. 21 ; J. LEDAN, « Nouveau regard sur la qualité d'associé », *Droit des sociétés* nov. 2010, étude n° 17, spéc. n° 11 et s ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ 7^{ème} éd, 2018, n° 95, p. 91 ; C. COUPET, *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, préf. H. SYNDET, LGDJ 2015, n° 112 et s., p. 121 et s.

V. encore not. pour l'affirmation du caractère essentiel en jurisprudence : Cass. com. 19 mai 1954, *Bull. civ.* III, n° 189 ; Cass. com., 15 févr. 1982, n° 78-16.102 ; *Bull. civ.* 1982, IV, n° 57 ; Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-12.337, *Dr. sociétés* 1998, comm. 122 ; *JCP E* 1998, 1383 ; *JCP G* 1998, IV, 2814, p. 1566 ; *Bull. civ.* 1998, n° 203 ; *D. affaires* 1998, p. 1537 ; et plus marginalement, v. Cass. com., 18 déc. 1990, n° 89-15.838 ; *Bull. Joly* 1991, p. 326, § 101 ; Cass. com., 8 janv. 1991, n° 89-15.766 ; *JCP E* 1991, n° 275 ; *JCP G* 1991, IV, p. 8 ; *Bull. civ.* 1991, IV, n° 15 ; *Bull. Joly* 1991, p. 330, § 102 ; Cass. com., 15 juin 1993, n° 91-21.295, *Bull. Joly* 1993, p. 1262, § 380 ; Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 1997, n° 95-13.029, *JCP G* 1997, II, 22820, p. 173, note T. GARE ; *JCP G* 1997, IV, 737, p. 115 ; *Bull. civ.* I, n° 46 ; *Bull. Joly* 1997, p. 472, § 189 ; Cass. com., 7 avr. 1998, n° 96-13.400, *Bull. Joly* 1998, p. 792, § 256 ; Cass. 1^{re} civ., 20 janv. 2010, n° 08-13.200, *Dr. sociétés* 2010, comm. 83, note M-L. COQUELET ; Cass. com., 3 avr. 2012, n° 11-15.671, *Dr. sociétés* 2012, comm. 117, note R. MORTIER.

⁸⁹⁸ Nous entendons ici les bénéfices dans un sens générique car il faut compter parmi ceux-ci, en plus des gains positifs réalisés, les économies issues de l'entreprise commune. On sait en effet que le législateur fit en 1978 le choix d'assimiler les économies aux bénéfices dans la définition du contrat de société ; il n'a fait par là que de renouer avec une conception classique qui prévalait tant en droit romain, que lors de l'élaboration du Code civil, ou encore dans la doctrine du XIX^{ème} siècle : v. F.-X. LUCAS, « Théorie des bénéfices et des pertes, Bénéfices, économies et pertes » *J. Class.*, fasc. préc. n° 8.

⁸⁹⁹ V. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, 32^{ème} éd., n° 519 p. 224 et n° 245, p. 88, où les auteurs trouvent le fondement de la prohibition des clauses léonines dans la théorie de la cause ; F.-X. LUCAS, « Théorie des bénéfices et des pertes, clauses léonines », *J.-Cl. Sociétés*, Fasc. 15-30, n° 8 ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, 3^{ème} éd. 1927, n° 19 p. 53 ; L. BOYER, *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préf. J. MAURY, Sirey 1947, p. 213 ; G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, 22^{ème} éd, n° 1522, p. 21 ; rapp. J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, LGDJ 1999, préf. J. GHESTIN, spéc. n° 162, p. 152 et s.

explicative⁹⁰⁰. Quant à la vocation de tous à contribuer aux pertes, elle est généralement considérée comme le corollaire nécessaire de cette vocation aux résultats, comme sa contrepartie naturelle: *ubi emolumentum ibi onus*⁹⁰¹.

La vocation aux résultats peut d'ailleurs servir utilement de marqueur de la distinction de l'associé d'avec d'autres figures contractuelles parfois proches, comme celle du prêteur par exemple. Alors que ce dernier se garantit un certain revenu en contrepartie de l'assurance d'une restitution des biens ou richesses mises à la disposition de son partenaire, l'associé acceptera quant à lui l'aléa social ; il prendra donc le risque de s'appauvrir en cas d'échec de l'entreprise commune parce qu'il en supportera les pertes, mais pourra en contrepartie s'enrichir sans limite en cas de succès⁹⁰².

Ici encore cependant, il semble que de nombreux phénomènes du droit contemporain de SSPRL soient bien difficiles à concilier avec cette exigence classique de la société. Et l'on rattachera volontiers ce constat à la description du mouvement général qui nous occupe d'éloignement de ces structures vis-à-vis de leur cadre conceptuel initial.

325. L'irresponsabilité des membres de SSPRL et le défaut de contribution aux pertes : renvoi – À titre liminaire, remarquons que cette question de la participation aux résultats des membres de SSPRL recoupe largement les développements que nous consacrerons plus loin au phénomène d'irresponsabilité de ses utilisateurs. Il sera en effet

⁹⁰⁰ V. not. sur ces questions, D. MAZEAUD, « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme », *Droit et patrimoine* 2014, p. 38 et s. ; O. TOURNAFOND, « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », *D.* 2008, 260 ; R. CABRILLAC, « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », *JCP G* 2008, I, 190 ; *contra*. L. AYNES, *Droit et Pat.* 2014, p. 40 et s.

⁹⁰¹ V. par exemple, C. COUPET, *th. cit.*, n°115, p. 122 ; E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 3^{ème} éd., Rousseau, 1904, n°236 ; F.-X. LUCAS, *J. class. Société traité*, fasc. 15-10 *précit.* n°15 ; Rapp. C. BARRILLON, *op. cit.*, spéc. n°594 et s., p. 347 et s., qui fait du risque un critère essentiel à la qualité d'associé. Certains auteurs insistent d'ailleurs sur la pertinence particulière de cette notion de risque, suggérant qu'il faudrait substituer à la traditionnelle exigence de contribution aux pertes, celle d'assujettissement au risque social : v. M. CAFFIN-MOI, « Pour un cantonnement de l'exigence de contribution aux pertes », in *Liber amicorum. Mél. en l'honneur de Ph. Merle*, Dalloz, 2013, p. 101 et s. (La proposition convainc peu car cette notion d'assujettissement au risque social, bien malaisée à définir, peut trop embrasser : dans quelle mesure un prêteur de denier qui finance une structure à risque limité naissante et désargentée ne court-il pas le risque social ? Ou inversement exclure des hypothèses traditionnellement considérées comme relevant de la qualification d'associé - ainsi le membre d'une société à risque illimité qui souscrirait une assurance pour se garantir du risque social devrait être exclu de cette qualification).

⁹⁰² Rapp. C. BARRILLON, *th. cit.* n°558 et s., p. 331 et s. ; encore, M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^{ème} éd. LGDJ 1954, t. XI par R. SAVATIER, n°1139 ; Cass. Req. 10 juillet 1905, *DP* 1906, I, 191. La rigueur de l'opposition doit toutefois être nuancée dans la mesure où le prêteur peut évidemment indexer sa rémunération sur les résultats de l'entreprise ; v. PH. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2017, n° 926, p.581-582.

question de démontrer que le régime de limitation de responsabilité instauré dans ces structures sociales tend à devenir un régime de véritable irresponsabilité grâce auquel les prétendus associés peuvent être intégralement soustraits aux risques de l'aventure sociale⁹⁰³.

Or, cette irresponsabilité semble par définition en parfaite contradiction avec l'exigence traditionnelle de vocation des associés à supporter les pertes sociales⁹⁰⁴. En cela, les propos plus loin consacrés à l'irresponsabilité en SSPRL pourraient assurément être lus et mis en perspective avec la question qui nous occupe pour l'instant et pourraient illustrer ainsi l'éloignement des SSPRL vis-à-vis du contrat de société et de ses critères traditionnels. L'irresponsabilité dont sont susceptibles de jouir les prétendus associés de SSPRL, impliquant mécaniquement le report du risque social sur les créanciers de la structure, tend assurément à rendre bien floue la distinction de ces deux catégories. Aussi pour l'essentiel y renvoyons nous le lecteur, et proposons de ne nous attacher ici qu'à l'évocation de deux phénomènes qui illustrent le défaut de répercussion des résultats sociaux sur la situation individuelle des prétendus associés.

326. Nous analyserons ainsi tour à tour les figures de l'apporteur en industrie de SSPRL (§1) et celle du porteur d'action traçante de groupe (§2), car elles constituent respectivement un démenti assez évident aux prétendues exigences de vocations aux pertes et de vocation aux bénéfices des membres de SSPRL.

⁹⁰³ V. *infra* Titre 2, spéc. n° 584 et s.

⁹⁰⁴ Rappr. à propos des liens qu'entretiennent de ces deux questions, T. MASSART, « Vive le capital risque sans risque », note sous CA PARIS, 21 déc. 2001 *Bull. Joly* 2002, p. 499., qui fait observer l'évolution de l'objectif de la prohibition des clauses léonines, laquelle trouvait initialement son centre de gravité dans les rapports *inter-partes* tandis qu'elle tend désormais à servir à la protection des créanciers sociaux.

§1. L'incertaine vocation à supporter les pertes de l'apporteur en SSPRL

327. En matière de SARL tout d'abord, le législateur a introduit en 2001 la possibilité pour un associé limité en risque de réaliser des apports en industrie⁹⁰⁵ et le champ de cette faculté fut peu de temps plus tard étendu aux SAS⁹⁰⁶. Si l'on peut aisément comprendre les raisons politiques qui commandèrent une telle réforme⁹⁰⁷, il faut reconnaître qu'en SSPRL, la conciliation de l'exigence de contribution aux pertes avec le régime de l'apport en industrie ne relève pas de l'évidence⁹⁰⁸.

En effet classiquement, la responsabilité des membres de SSPRL ainsi que leur contribution aux pertes sociales étaient réputées s'incarner dans le défaut de restitution de leurs apports⁹⁰⁹ ; tel est bien *a priori*, comme son nom l'indique, le principe essentiel d'un régime de « responsabilité limitée à hauteur des apports » dont bénéficient les membres de ces structures.

Ainsi, bien que ne pouvant être tenus en leur nom propre et sur leur patrimoine personnel, les associés de SSPRL sont traditionnellement réputés contribuer aux pertes dans la mesure où, en cas d'échec de l'entreprise commune, ils ne récupéreront pas les richesses initialement apportées au patrimoine social, ce dernier constituant le gage des créanciers sociaux. L'appauvrissement subi par l'associé du fait de la non restitution de la richesse que représente son apport et, corrélativement, la vocation

⁹⁰⁵ Article 124, al. 2 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE).

⁹⁰⁶ Art. L 227-1 al. 4 du Code de commerce, introduit par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME) ; v. T. MASSART, « La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus », *BJS 2008*, p. 632.

⁹⁰⁷ V. T. MASSART, « La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus », *art. cit.* ; v. aussi le rapport ANSA/MEDEF/AFEP, « Pour un droit moderne des sociétés », oct. 2003, disponible en ligne sur le site internet du Medef, www.medef.fr.

⁹⁰⁸ V. J. MONNET, « L'impossible conciliation entre contribution aux pertes et apport en industrie dans les SARL », *Act. Prat. Sociétés* Nov. Déc. 2002, p. 3 ; P. COURTOIS, *Les apports dans les sociétés à responsabilité limitée*, LGDJ, 1929, p. 74 et s. et les réf. Citées, spéc. en note 1, p. 76 ; J. HEMARD, note sous Cass. com. 23 oct. 1984, *Rev. sociétés* 1985 p. 625 ; E. COPPER ROYER, *Traité des sociétés anonymes*, t. 1, 4ème éd., Sirey, 1931, p. 184. V. égal. H. BLAISE, *L'apport en société*, Imprimeries réunies, 1955, spéc. n° 128 ; C. COUPET, *op cit.* n°117 et s. ; C. MALECKI, « L'apporteur en savoir-faire : du mal-aimé au bien-aimé ? », *BJS 2004*, p. 1169 ; T. MASSART, « La société sans apport », *Études de droit privé – Mélanges offerts à Paul Didier*, préc ; J. RICHARD, « À propos de la contribution aux pertes et aux dettes de l'apporteur en industrie », *J.C.P. C.I.*, 1980. II. 9157.

⁹⁰⁹ V. L. GODON, *Les obligations des associés*, préf. Y. GUYON, Economica, 1999, n°70, p. 50. Il est cependant certaines hypothèses où l'associé de SSPRL sera tenu à un certain multiple de son apport (ainsi par exemple des sociétés civiles de placement immobilier, art. L. 214-89, al. 2 C. mon. et fin ; v. L. GODON, *th. cit.*, n°64 p. 46 ; C. BARRILLON, *th.cit.* n°619, p. 363). Ainsi, bien que bénéficiant d'un régime de responsabilité limitée, il pourra être tenu – dans la limite d'un certain montant – au delà de son apport. Ces

qu'a ce dernier à désintéresser les créanciers sociaux par son affectation au patrimoine de la société marquent clairement un mécanisme de responsabilité – certes plafonné – de l'associé, réalisant la vocation de ce dernier à contribuer aux pertes sociales⁹¹⁰.

328. Or, l'admission par le législateur de la possibilité d'intégrer une SSPRL par le seul apport de son industrie a impliqué la transposition à ce nouveau type d'associés du raisonnement valable jusqu'alors pour les apporteurs en capitaux ou en numéraire. L'opération intellectuelle ne va pas sans susciter quelque embarras⁹¹¹.

C'est sur plusieurs difficultés qu'achoppe en effet la caractérisation de la contribution aux pertes de l'apporteur en industrie en SSPRL : tant l'appauvrissement effectif de cet apporteur (A), que la vocation de cet appauvrissement à le supposer caractérisé, à « éponger » une perte sociale (B), ont pu être mis en doute et il conviendra partant de vérifier la réalisation de chacun de ces deux phénomènes. En dépit de similitudes apparentes, il conviendra cependant de rejeter la tentation de transposer le raisonnement à l'hypothèse de l'apport en jouissance (C).

A. La question de l'appauvrissement de l'apporteur en industrie en cas de pertes sociales

329. **L'appauvrissement des apporteurs traditionnels de SSPRL** – Premier élément *a priori* essentiel à la notion de contribution aux pertes, l'appauvrissement de l'associé peut sembler délicat à caractériser concernant l'apporteur industriel de SSPRL. Au contraire des apporteurs en capital en effet, qui ont au moins alimenté en richesses le patrimoine social lors de la souscription de parts ou d'actions, l'apporteur en industrie, lui, ne s'est jamais départi d'une richesse quelconque.

hypothèses restent néanmoins marginales.

⁹¹⁰ V. C. BARRILLON, *th. cit.*, spéc. n°598-599, pp. 349-350.

⁹¹¹ Sur ces questions v. plus généralement : F. KERDERIAN, *art. cit.* n°20 et s. ; L. NURIT-PONTIER, « Repenser les apports en industrie », *LPA* 3 juill. 2002, p. 4 et s. ; P. COURTOIS, *Les apports dans les sociétés à responsabilité limitée*, LGDJ, 1929, p. 74 et s.

Pour cette raison, s'il est *a priori* difficile de douter que les apporteurs en capitaux subissent un appauvrissement malgré la mise à l'abri de leur patrimoine personnel en cas de pertes sociales, à raison du défaut de restitution – total ou partiel – des richesses qu'ils avaient initialement apportées⁹¹², le raisonnement peut sembler impossible à transposer à l'apporteur d'industrie⁹¹³. Puisqu'aucun mécanisme ne tend à lui soustraire l'une quelconque de ses richesses en cas d'échec de l'entreprise commune, l'apporteur en industrie peut en effet paraître bénéficier d'une protection absolue.

330. Le gain manqué de l'apporteur en industrie – Pourtant, bien que ne subissant à proprement parler aucune diminution de ses richesses, il est communément admis que l'apporteur en industrie contribue aux pertes sociales en souffrant de cette forme particulière d'appauvrissement qui consiste en un défaut de rémunération de ses services en cas d'insuccès de l'entreprise sociale. L'industrie de l'associé a en effet une certaine valeur, et c'est de celle-ci dont il serait privé en cas d'échec de la société, explique-t-on. Alors que dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un contrat de prestation de service quelconque, il aurait pu s'en faire payer le prix, l'associé industriel courrait bel et bien le risque de l'entreprise sociale en ce qu'il accepterait l'aléa de ne pas être rémunéré en cas d'échec de l'activité entreprise. Ce défaut de rémunération, ce gain manqué, constituerait donc pour l'apporteur en industrie un appauvrissement assimilable à la perte des richesses de l'apporteur en capital⁹¹⁴: pour reprendre les termes de la cour de Cassation, « l'absence de bénéfice le privera du fruit de son travail, ce qui lui fera perdre en réalité sa mise »⁹¹⁵.

331. On peut d'ailleurs remarquer que cette conception préexistait largement à l'admission, au XXI^{ème} siècle, des apports en industrie en SSPRL. Dans le cadre du strict

⁹¹² V. toutefois *infra* n°339 à propos de l'apporteur en jouissance.

⁹¹³ Tel était semble-t-il la conception des jurisconsultes romains, pour qui la perte se distinguait du seul manque à gagner, v. A. VIANDIER, *th. cit.* n°54, p. 59.

⁹¹⁴ V. ainsi par ex. P. PONT, *Explication du Code Napoléon*, tome 7, Paris 1872, n°453, p. 321: « l'associé industriel, même affranchi par la convention de toute contribution aux pertes, y contribuera cependant toujours par la force même des choses. (...) la société n'a-t-elle rien gagné, ou même a-t-elle perdu, l'associé en sera pour le travail qu'il a fourni ; en sorte que, malgré la clause d'exemption, il perdra à vrai dire l'apport par lui fait à la société ».

⁹¹⁵ Cass. Req. 31 janv. 1917, *GP* 1916 et 1917, p. 886, *Journ. Soc.* 1918, p. 158, note H. B.

contrat de société en effet, il était déjà admis en doctrine⁹¹⁶, en jurisprudence⁹¹⁷, comme déjà dans les travaux préparatoires du Code civil⁹¹⁸, qu'était valable et non léonine la clause exonérant l'apporteur en industrie de contribuer aux pertes sociales, dès lors qu'il était estimé que cet associé s'était déjà acquitté de cette contribution du seul fait d'un travail resté sans rémunération, ce qui autorisait donc son exemption pour le surplus⁹¹⁹. Du reste, on ne peut s'empêcher de noter que cette assimilation du manque à gagner à la perte effective *stricto sensu* – du *lucrum cessans* et du *damnum emmergens* –, loin d'être inconnue du droit positif, est une constante de notre droit de la responsabilité, lequel répare identiquement l'un et l'autre⁹²⁰.

Aussi peut-il apparaître, à la réflexion, infondé de prétendre que la particularité de l'apport en industrie implique une soustraction de son auteur au risque d'appauvrissement.

B. La question de la corrélation de la perte de l'apporteur industriel avec les pertes sociales

332. Exposé du problème – À supposer donc admis que le gain manqué soit assimilé à un appauvrissement – conception d'ailleurs confortée, par symétrie, par l'assimilation récente des économies aux bénéfiques dans la définition légale de la société⁹²¹ –, la question

⁹¹⁶ V. P. PONT, *op. cit.*, n° 452 et 453, p. 320 et 321 ; H. TROPLONG, *op. cit.* t. II, n°648 ; P. PIC et J. KREHER, *Des sociétés commerciales*, 3^e éd., t. 1, Paris, Arthur Rousseau, 1940, n° 55, p. 68 ; J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. 1, Sirey 1950, n° 130, p. 153 ; J. LEPARGNEUR, « Société et association », in *Traité pratique de droit civil français* par M. PLANIOL et G. RIPERT, 2^e éd., t. XI, Contrats civils, 2^e partie par A. ROUAST, R. SAVATIER, J. LEPARGNEUR et A. BESSON, Paris, LGDJ, 1954, n° 1046, p. 322 ; et déjà au XVII^e et XVIII^e siècle : v. H. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 139.

⁹¹⁷ V. Cass. Req. 31 janv. 1917 *préc.*

⁹¹⁸ V. P-A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris 1828, t. XIV, p. 422 ; J.-G. LOCRÉ, La Législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français, t. XIV, Paris, p. 553.

⁹¹⁹ On sait que la prohibition des clauses léonines n'interdit pas une répartition inégalitaire de la charge des pertes, mais impose seulement que tous y contribuent, dans une mesure que l'acte social peut librement déterminer (v. P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.* n°181, p. 148). Partant, dès lors que l'on retient que l'apporteur en industrie a contribué aux pertes par son travail infructueux, il n'est nullement contraire à la prohibition des clauses léonines de cantonner la mesure de sa contribution à ce seul gain manqué.

⁹²⁰ V. H., L, et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Traité de la responsabilité civile*, t. III, 6^{ème} éd., Montchrestien 1978, n°2361, p. 712 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4^{ème} éd. LGDJ 2013, n°251, p. 43.

⁹²¹ Depuis la loi du 4 janvier 1978 en effet, le but de la société n'est plus seulement de profiter des bénéfiques de l'entreprise commune, mais encore des économies qui pourraient en résulter.

de la contribution effective de l'apporteur en industrie de SSPRL aux pertes sociales se déplace alors sur le terrain de la corrélation de cet appauvrissement avec les pertes sociales.

On ne saurait en effet analyser n'importe quel appauvrissement de l'associé en une manifestation de sa participation aux pertes sociales dès lors qu'il entretient un vague lien avec l'activité ou avec la personne morale de la société. Le seul constat d'un appauvrissement de l'associé n'est donc pas suffisant à caractériser une contribution aux pertes sociales de sa part.

Aussi, s'il faut voir dans le défaut de rémunération de l'associé industriel un appauvrissement personnel, la question subsiste de savoir si cet appauvrissement correspond à la prise en charge d'une partie des pertes sociales par l'associé en question. Le penser reviendrait, selon certains auteurs, à « confondre les pertes de l'apporteur en industrie avec celles de la société »⁹²².

La question est épineuse, elle n'est pas inédite et révèle semble-t-il les incertitudes qui entourent la notion de contribution aux pertes⁹²³. Elle rappelle les controverses autour de la délicate question de savoir si la moins value réalisée lors de la revente d'actions constitue une manifestation de la contribution aux pertes sociales ou s'il ne s'agit là que d'une perte qui serait strictement personnelle au porteur – question au fondement des fameuses hésitations jurisprudentielles relatives au caractère léonin des promesses d'achat d'actions à prix plancher⁹²⁴.

L'assimilation du gain manqué à la perte de richesse peut être perçue comme entretenant un rapport de symétrie avec cette extension législative.

⁹²² V. not. R. BAILLOT, *th. cit.*, p. 154, n°130 ; également L. NURIT PONTIER, « Repenser les apports en industrie », *art. cit.*, n°28, p. 13 ; J. MONNET « L'impossible conciliation entre contribution aux pertes et apport en industrie dans les SARL ? », *Dr. sociétés*, Actes prat. nov.-déc. 2002, p. 3 ; rapp. A. VIANDIER, *th. cit.* n°54, p. 59 : « Troplong considère que l'apporteur en industrie contribue aux pertes parce que son apport n'est pas rémunéré. Mais n'est ce pas confondre les pertes de la société avec celles de l'associé ? », égal. T. MASSART, *Rép. soc. Dalloz*, V° « Société (Contrat de) », n°87.

⁹²³ On s'accorde généralement à reconnaître le peu d'intérêt qu'a suscité la notion en doctrine, le peu d'études qui lui sont consacrées et partant le flou de la notion et la connaissance superficielle que l'on en a : v. T. MASSART, « Société (contrat de) » *art. cit.*, n°87 ; F. KERDERIAN, *art. cit.* n°7, V. M.-H. MONSERIE-BON, obs. sous CA Versailles, 1 re ch. A, 7 sept. 2000, *RTD com.* 2000, p. 966 ; M. CAFFIN-MOI, *art. cit.*, n°1.

⁹²⁴ C'est en effet seulement à condition de postuler que la moins-value enregistrée lors de la revente de titres constitue une manifestation de la contribution aux pertes sociales pour l'actionnaire, que se comprend la fameuse série jurisprudentielle relative à la question de la validité des promesses d'achat d'actions à prix plancher (sur laquelle v. A. PIETRANCOSTA, « Promesses d'achat de droits sociaux et clauses "léonines" : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil » : *Rev. Lamy dr. aff.* 2006, p. 67). Il n'y aurait sinon aucune raison de prohiber la soustraction au risque social du bénéficiaire d'une telle promesse d'achat à prix plancher, ou de conditionner la

333. Nous ne saurions ici entreprendre une étude exhaustive de la notion de contribution aux pertes dans le seul but de résoudre la question qui nous occupe. Il est toutefois assez facile de percevoir les impasses logiques auxquelles mène l'application de la conception qui voit dans le défaut de rémunération de l'apporteur en industrie le vecteur de sa contribution aux pertes sociales, notamment par la mise en évidence de l'absence de corrélation nécessaire entre le défaut de rémunération de l'associé et le résultat déficitaire de l'entreprise sociale.

334. Le défaut de rémunération peut advenir à défaut de pertes sociales – Il suffit par exemple d'envisager ainsi l'hypothèse où le solde de l'activité sociale serait nul : si la société n'a réalisé ni pertes ni bénéfices. En cette situation, à suivre la conception généralement admise et ci-dessus exposée, il conviendrait de considérer que l'apporteur en industrie a contribué aux pertes sociales puisqu'il a travaillé sans percevoir de rémunération. Mais puisque par hypothèse, les pertes de la société sont inexistantes, on perçoit immédiatement la contradiction logique qui vicie la proposition : l'associé ne saurait évidemment contribuer à des pertes sociales inexistantes.

Et l'on perçoit ici que la perte de l'associé caractérisée par un défaut de rémunération peut en réalité advenir alors que n'existent aucunes pertes sociales.

On objectera éventuellement que nul parmi les tenants de la conception classique ne soutiendrait qu'une telle hypothèse puisse constituer une manifestation de la contribution aux pertes : celle-ci présupposant par définition, l'existence de pertes sociales. Mais l'objection ne ferait que déplacer la difficulté : comment expliquer alors l'identité de traitement de l'associé dans l'hypothèse où il est réputé contribuer aux pertes (la société ayant réalisé des pertes et l'apporteur industriel n'ayant pas

validité de celles-ci à la réunion de certaines conditions spécifiques (v. M. CAFFIN-MOI, « Pour un cantonnement de l'exigence de contribution aux pertes », *art. cit.*, spéc. n°11) . Certains auteurs estiment cependant que l'aléa subi par le porteur d'action lors de la revente de ses titres est indépendant de la contribution aux pertes sociales, ce qui rendrait vains les différents critères élaborés en jurisprudence et les différentes conceptions tour à tour envisagées (v. not. T. MASSART, « Vive le capital risque sans risque », note sous CA PARIS, 21 déc. 2001 *Bull. Joly* 2002, p. 499 ; M. CAFFIN-MOI, *art.cit. spéc.* n°11 ; M. BUCHBERGER, *th. préc.* n°58, p. 78 ; M. SCHLUMBERGER, *th. précit.* n°253 et 254 ; C. BARRILLON, *th. cit.* n°770 ; D. SCHMIDT « Empty voting », *Bull. Joly Bourse*, 2012, p. 42 et s.). V. enfin, pour une défense de l'idée selon laquelle la moins-value réalisée par l'actionnaire lors de la revente de ses titres constitue une manifestation de sa participation aux pertes, F.-X. LUCAS, note sous Cass. com. 27 sept. 2005, *RDC* 2006, p. 443 et s., spéc. p. 445).

perçu de rémunération) et dans l'hypothèse où il ne contribue pas aux pertes (l'associé n'ayant pas perçu de rémunération sans que pour autant la société n'ait réalisé de pertes) ? Prétendrait-on que le défaut de rémunération de l'apporteur industriel pourrait tout à fait advenir en l'absence de pertes sociales, mais que, lorsqu'elle advient en présence de pertes sociale, il faudrait alors l'analyser comme la marque de sa contribution aux pertes ? L'exigence de contribution aux pertes apparaîtrait alors comme une notion bien flexible et accommodante...

335. Le gain manqué de l'apporteur peut advenir en présence de bénéfices sociaux – Plus encore, il se peut que l'apporteur industriel souffre d'un gain manqué du fait d'une perte de rémunération pour son labeur alors pourtant que la société réalise des bénéfices. Il suffit pour qu'une telle situation advienne que le montant des bénéfices auquel pourrait prétendre l'associé industriel soit inférieur à la valeur de son travail⁹²⁵. Dans un tel cas de figure, bien que rémunéré pour son labeur, l'associé industriel manque tout au moins la fraction de la rémunération correspondant à la différence entre la somme perçue et la valeur de son travail : par hypothèse, la rémunération qu'il aurait obtenu en louant ses services contre un revenu fixe à l'aune de laquelle on prétend évaluer sa contribution aux pertes⁹²⁶.

Or il va de soit que malgré ce gain manqué, l'apporteur industriel ne saurait être considéré comme contribuant aux pertes d'une société en situation bénéficiaire ; la proposition semble affectée d'une contradiction insurmontable.

336. On le voit donc, il n'est nulle nécessité à ce que la société réalise des pertes pour que l'associé soit privé de rémunération et subisse un gain manqué ; au contraire ce gain manqué peut même tout à fait advenir pour l'associé d'une structure bénéficiaire.

337. Le défaut de nécessité de gain manqué en présence de pertes – Inversement, on remarque qu'il est possible que la société subisse des pertes sans que l'associé ne souffre d'un gain manqué de rémunération⁹²⁷.

⁹²⁵ Rappr. J. MONNET, *art. cit.* p.3.

⁹²⁶ V. à propos des difficultés de détermination de la valeur d'un apport en industrie : G. LIET-VEAUX, « Une pomme de discorde : les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles », *Gaz. Pal.* 1966, doct. 110.

⁹²⁷ Cet aspect est plus généralement lié au caractère irrémédiable et définitif de la distribution des bénéfices en SSPRL dont il sera plus loin question. V. *Infra* n° 551 et s.

En effet, la conception qui voit en l'apporteur en industrie de SSPRL un contributeur aux pertes part du postulat, rappelons le, qu'en cas de pertes sociales, l'apporteur en industrie aura travaillé sans rémunération – ou contre une rémunération insuffisante – étant entendu que c'est ce défaut de rémunération qui réalise sa contribution aux pertes. Or ce postulat de réflexion n'a en réalité absolument rien de nécessaire.

Il est en effet tout à fait possible qu'une SSPRL réalise des bénéfices durant les premiers temps de son existence – période au cours de laquelle l'apporteur en industrie percevra par hypothèse au titre de la distribution des bénéfices – des sommes équivalentes ou même excédant la valeur de son travail ; et que cette société tombe par la suite subitement en faillite, libérant alors l'apporteur en industrie de son obligation de fournir la prestation industrielle.

Sans même d'ailleurs envisager cette hypothèse de faillite soudaine, il est tout autant concevable que la société ait réalisé d'importants bénéfices durant le temps où l'associé s'acquittait de son apport en industrie, permettant alors via leur distribution, une rémunération de ce travail ; et qu'elle n'ait commencé à enregistrer des pertes qu'une fois l'apport industriel entièrement libéré.

En de tels cas de figure, l'apporteur industriel est bien rémunéré pour sa prestation durant le temps où il s'en acquitte – par hypothèse à sa juste valeur – et ne subit nullement les conséquences de l'échec de l'entreprise commune car il est libéré de son obligation lorsqu'apparaissent les pertes. Jamais ainsi, il n'aura travaillé sans rémunération.

338. Conclusion – Ainsi, l'affirmation selon laquelle l'apporteur industriel contribue aux pertes sociales à raison du gain manqué que constitue la privation de rémunération qu'il subit apparaît en dernière analyse bien fragile. La corrélation entre les pertes de la société et le défaut de rémunération dont il souffre semble en effet n'avoir rien de nécessaire comme on l'a vu. D'une part en effet, parce que l'associé peut être privé de rémunération sans que la société n'ait réalisé de pertes – et l'on peine alors à comprendre comment l'associé pourrait subir un sort identique que la société réalise des pertes ou qu'elle n'en réalise pas s'il est réputé contribuer aux pertes sociales – voire, alors que la société a réalisé des bénéfices. D'autre part, parce qu'il n'y a inversement aucune nécessité à ce que l'associé industriel souffre d'un gain manqué en présence de pertes sociales.

Aussi quelques auteurs, aboutissant à la conclusion que le seul défaut de rémunération de l'apporteur industriel ne saurait caractériser une véritable manifestation de sa contribution aux pertes, ont pu suggérer que cet associé soit tenu de s'acquitter de manière active d'une partie de celles-ci afin de rétablir l'égalité avec les apporteurs en capital⁹²⁸. Tel n'est cependant pas l'état du droit positif et rien ne permet de croire qu'il s'achemine vers une telle solution⁹²⁹.

C. La question de la transposition du raisonnement à l'apporteur en jouissance

339. L'incertaine contribution aux pertes de l'apporteur en jouissance – Il serait tentant d'étendre le raisonnement précédent à la figure de l'apporteur en jouissance⁹³⁰. De fait, la question de la contribution aux pertes de ce dernier a déjà donné lieu à quelques controverses⁹³¹ et l'on comprend sans peine que l'admission de ce type d'apport de la part de l'associé limité en risque ait soulevé quelques réserves⁹³². Au premier abord en effet, l'utilisation en SSPRL de la technique de l'apport en jouissance a tout d'un procédé grossier de fraude ou du moins de détournement de ce type d'institutions aux fins de soustraire les utilisateurs de ce régime à la responsabilité que celui-ci organise grâce à un trivial « sortilège des mots »⁹³³. Car si la SSPRL consiste en son principe à mettre à l'abri

⁹²⁸ V. R. NURIT-PONTIER, « Repenser les apports en industrie », *art. cit.* n°28 et qui renvoie également en ce sens à R. BAILLOD, *Dict. Joly*, § 69 et s. ; v. aussi J. MONNET, *art. cit.*

⁹²⁹ V. not. illustrant le rejet de cette conception en jurisprudence : Cass. civ. 1re, 19 avr. 2005, n° 01-17226, *Bull. civ.* I, n° 187 ; *D.* 2005, p. 1230, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2005, p. 527, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; *RTD com.* 2005, p. 785, note L. GROSCLAUDE ; *BJS* 2005, p. 1276, note J.-J. DAIGRE ; *Rev. sociétés* 2006, p. 111, obs. D. PORACCHIA ; et en doctrine : v. not. M. BUCHBERGER, *th. cit.*, n°72 p. 81.

⁹³⁰ Cette forme d'apport est présentée de la manière suivante par M. Merle et Mme Fauchon : « l'apporteur met un bien à la disposition de la société qui en a le libre usage, mais il en reste propriétaire : il n'y a pas transfert de propriété à la société. L'apporteur est donc garant envers la société comme un bailleur envers son preneur. Pour l'apporteur, l'intérêt de l'apport en jouissance se présente à la dissolution de la société, puisque le bien n'étant pas compris dans le patrimoine social échappe à l'action des créanciers de la société : il en reprend la jouissance » (*op. cit.*, 23^{ème} éd., n°43, p.58).

⁹³¹ V. sur cette question notamment C. REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, LGDJ 1994, préf. J. PRIEUR, n°177 et s., p.184 et s. ; A. VIANDIER, *th. cit.* n°56, p. 60.

⁹³² V. E. THALLER, note sous Amiens, 26 mai 1906, *D.* 1907, II, p. 25 ; également R. HAUTCOEUR, *Les apports à prestations successives ou continues dans les sociétés : (apports en jouissance-apports en travail)*, th. Lille, 1928, p. 27 et s. et plus généralement sur cette question, C. REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, LGDJ 1994, préf. J. PRIEUR, n°177 et s., p.184 et s.

⁹³³ V. E. THALLER, note cit., spéc. p. 26. R. HAUTCOEUR (*th. cit.* p. 28) résume assez justement la pensée de cet auteur en ces termes : « M. Thaller s'étonne d'un prétendu pouvoir magique des mots : si dans un contrat de société, on insère une clause permettant de reprendre l'apport à tout événement,

des risques sociaux le patrimoine personnel des associés, le corolaire naturel de cette mesure est, qu'à l'inverse, les biens que les associés ont affectés à l'activité sociale, soient quant à eux compris dans le patrimoine de la structure personnifiée⁹³⁴. Le procédé qui consiste donc à distinguer la jouissance du bien, du bien lui-même – ou de la valeur de ce bien –, pour n'apporter au patrimoine social que la première et conserver ainsi à l'abri du risque social la richesse qu'il représente, paraît ainsi de prime abord un habile quoiqu'assez grossier procédé de détournement de l'esprit de ce régime. Il fut néanmoins admis en droit positif sans trop de peine malgré quelques réticences marginales⁹³⁵.

340. Différence avec l'apporteur industriel : le droit de reprise de l'apporteur en jouissance – Cela dit, en acceptant de laisser pour l'instant de côté ces aspects relatifs à l'esprit des SSPRL, et pour n'appréhender que d'un point de vue strictement technique la seule question de la contribution aux pertes de l'apporteur en jouissance, on remarquera que la construction de ce régime est, en apparence tout au moins, dotée d'une forme de cohérence qui lui permet d'éviter les écueils relevés plus haut à propos de la contribution aux pertes de l'apporteur industriel.

En effet, s'il est affirmé que, comme l'apporteur d'industrie, c'est par la perte d'un gain de rémunération que l'apporteur en jouissance est réputé contribuer aux pertes sociales⁹³⁶, la rémunération dont il est question ne renvoie pas à la même chose dans les deux hypothèses.

la société est nulle ; alors que si on stipule que l'apport est fait pour la jouissance seulement, la reprise se trouve légitimée, alors que des deux côtés, le résultat est absolument le même ! ».

⁹³⁴ C'est très vraisemblablement cette logique qu'exprime le choix de l'apport comme mesure de la responsabilité des membres d'une SSPRL, étant entendu que dans le cadre d'un strict contrat de société, on peut supposer que les associés feront spontanément apport des biens dont l'utilisation est affectée à l'entreprise commune. Aussi, en limitant la responsabilité des associés au montant de leur apport, est réalisé une sorte de distinction entre ce qui relève d'une part des biens utiles à la vie privée des associés, et d'autre part, des biens utiles à l'entreprise commune, ces derniers répondant des dettes sociales, tandis que les premiers répondent des dettes personnelles respectives des associés. V. *Infra* Titre 2. Le législateur a d'ailleurs récemment encore montré son attachement à cette logique dans l'élaboration du régime de l'EIRL (avant son malheureux désaveu par la récente loi PACTE, v. *infra* n° 597).

En cela, l'apport en jouissance qui réalise l'affectation des seules utilités du bien à l'entreprise commune, à l'exclusion de la richesse qu'il représente, rompt avec la concordance originelle entre utilités et valeur du bien, qui paraît pourtant au fondement de l'architecture des SSPRL.

⁹³⁵ V. E. THALLER, note sous Amiens, 26 mai 1906, *D.* 1907, II, p. 25 *préc.*, et plus généralement sur cette question, C. REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, LGDJ 1994, préf. J. PRIEUR, n°177 et s., p.184 et s.

⁹³⁶ V. F.KERDERIAN, *art. cit.* n°20 ; M. BUCHBERGER, *th. cit.* n°71, p. 79 ; L. GODON, *th. précit.* n°275, p.183 ; C. REGNAUT-MOUTIER, *op.cit. loc. cit.*.

On l'a vu, le gain manqué dont est réputé souffrir l'apporteur en industrie en cas d'échec de la société consiste prétendument en l'absence de bénéfices tirés de l'entreprise commune ; on a vu également les impasses logiques auxquelles menait une telle conception⁹³⁷. Or, il en va différemment pour l'apporteur en jouissance car celui-ci, à l'instar des autres apporteurs en capitaux et au contraire de l'apporteur en industrie⁹³⁸, dispose d'un droit à la reprise de son apport au terme de la société⁹³⁹.

Naturellement ce droit à la reprise ne porte pas sur le bien en lui même puisque celui-ci est par hypothèse réputé n'avoir jamais quitté le patrimoine de l'associé⁹⁴⁰ : c'est seulement de la jouissance de ce bien que l'associé s'était départi et c'est donc cette jouissance seule qui est l'objet de ce droit de reprise⁹⁴¹. Faute de pouvoir s'opérer en nature, cette restitution de la jouissance aura évidemment lieu en valeur.

Or, cette somme qui doit être versée à l'associé au titre de la restitution de la valeur de la jouissance octroyée à la société peut plus simplement – ou de manière équivalente – être analysée comme la rémunération de ce droit de jouissance pour le temps où la société en a bénéficié : il s'agit pour l'apporteur en jouissance d'obtenir le paiement de la jouissance de son bien au terme de la société.

Ainsi, l'apporteur en jouissance dispose-t-il – au titre du droit à la reprise de son apport – d'un véritable droit à la rémunération du service rendu indépendant de sa simple vocation aux bénéfices sociaux. Et c'est cet élément qui fait obstacle à ce que lui soit transposé le raisonnement que l'on a tenu à propos de l'apporteur en industrie.

341. Le défaut de rémunération dont souffre l'apporteur en jouissance au titre de sa contribution aux pertes fait écho à ce droit de reprise – Lorsqu'il est affirmé en effet que l'apporteur en jouissance contribue aux pertes par la privation de rémunération qu'il subit, c'est alors le défaut de reprise de son apport qui est visé ; tandis que lorsque la même

⁹³⁷ V. *supra*. n° 327 et s.

⁹³⁸ V. D. RANDOUX, v° « Partage des sociétés », *J. Class société traité*, fasc.. 31-50 spéc. n°69

⁹³⁹ V. C. REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, LGDJ 1994, préf. J. PRIEUR, n°311 et s. n°310 et s ; v. également, N. PETERKA « Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance », *BJS* 2000, p. 361 et s.

⁹⁴⁰ Du moins lorsque le bien est un corps certain. S'il s'agit d'une chose fongible, la propriété se perdant avec la dépossession, l'apporteur en jouissance se trouve dans la situation d'un quasi-usufructier, (v. Ph. ENGEL, « Associé et créancier, l'apporteur en jouissance dans les sociétés de capitaux », *JCP E* 1998, p. 2056 et s. ; N. PETERKA, « Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance », *BJS* 2000, p. 361, spéc. n°12 et n°18 et s.), ou d'un prêteur de consommation (v. C. REGNAUT-MOUTIER, *th. cit.*, n°59 et s., p. 52 et s. ; P. et Ph. DIDIER, *op. cit.*, n°76, p. 70), titulaire d'une créance de restitution.

⁹⁴¹ V. C. REGNAUT-MOUTIER, *op. cit.* n°298 et s. p. 303.

proposition tend à décrire la situation de l'apporteur industriel, c'est simplement à l'absence de bénéfices distribués qu'il est fait référence. La « rémunération » dont sont susceptibles d'être privés ces deux sortes d'apporteurs au titre de leur contribution aux pertes ne vise donc pas la même réalité dans les deux hypothèses : pour l'apporteur en jouissance elle désigne le droit de reprise de la valeur de la jouissance de son bien, tandis que pour l'apporteur en industrie, elle ne vise que la part de bénéfices distribuables qu'il escomptait.

342. Un risque de gain manqué effectif via la non réalisation du droit de reprise en cas de pertes – Cette différence explique pourquoi la vocation aux pertes de l'apporteur en jouissance nous semble échapper aux écueils rencontrés plus haut à propos de la vocation aux pertes de l'apporteur industriel.

Ayant droit à la restitution de la valeur de la jouissance apportée, cet associé risque effectivement en cas de pertes sociales un gain manqué qui dépasse le simple défaut de réalisation de sa vocation aux bénéfices. À l'instar donc d'un apporteur en pleine propriété, il est réputé risquer en cas d'échec de l'entreprise la perte de sa mise via le défaut de restitution de son apport en plus, naturellement, de ne pas réaliser de bénéfices. Contrairement donc à l'apporteur en industrie dont le gain manqué se résume à ce défaut de perception de bénéfices.

Par ailleurs, parce qu'il a vocation à être restitué au terme de la société, l'apport en jouissance est comptabilisé au passif du bilan social à l'instar de n'importe quel élément composant le capital social. La rémunération dévolue à l'apporteur en jouissance est donc appréhendée d'un point de vue comptable comme une dette de la société ; et de ce fait, il sera mathématiquement impossible que l'apporteur en jouissance souffre d'un défaut de rémunération (par la non réalisation de son droit de reprise) dans l'hypothèse où la société afficherait un résultat neutre ou bénéficiaire – comme cela pourrait se produire pour un apporteur en industrie on l'a vu⁹⁴². Pour que le bilan social soit à tout le moins neutre, l'actif doit en effet être suffisant pour compenser le poste de passif que représente la dette de restitution de l'apport en jouissance. Il est, en d'autres termes, nécessaire que la société dispose des richesses suffisant à désintéresser l'apporteur en jouissance pour pouvoir afficher un résultat

⁹⁴² V. *supra* n°335 et s.

comptable nul ou bénéficiaire. Dès lors, la situation incongrue dans laquelle l'associé serait réputé contribuer aux pertes d'une société qui n'en réalise pas, ne peut advenir pour l'apporteur en jouissance.

343. L'impossibilité de transposer le raisonnement propre à l'apporteur industriel – C'est ainsi donc que le régime de l'apporteur en jouissance apparaît construit avec une plus grande cohérence que celui de l'apporteur industriel de SSPRL ; ayant droit à une véritable restitution de son apport – soit une rémunération pour la jouissance octroyée à la société – l'apporteur en jouissance paraît être effectivement menacé de subir un gain manqué en cas de pertes sociales, distinct de la seule non réalisation de sa vocation aux bénéfices, et l'on peut donc plus facilement voir dans sa situation, que dans celle de l'apporteur en industrie, les traces d'une véritable contribution aux pertes sociales.

344. Conclusion du paragraphe – Il reste que ce bref détour par la situation de l'apporteur en jouissance ne doit pas occulter la conclusion mise précédemment en lumière : en l'état du droit positif, l'idée d'une contribution aux pertes de l'apporteur en industrie de SSPRL paraît bel et bien se perdre dans des impasses logiques⁹⁴³.

Si ce cas de figure illustre à la marge le défaut de nécessité de la contribution aux pertes en SSPRL, on trouvera une expression bien plus nette et évidente de ce phénomène dans la tendance générale de notre droit positif à l'irresponsabilité des membres de ces structures, mouvement à la description duquel nous aurons l'occasion

⁹⁴³ Il faut cependant remarquer que cette conclusion ainsi la distinction que l'on croit établir entre la situation de l'apporteur en jouissance et celle de l'apporteur industriel, a quelque chose de paradoxal puisqu'elle découle de la privation structurelle de ce dernier, du droit à restitution de son apport en cas de succès de l'entreprise – au contraire de l'apporteur en jouissance et de tous les autres types d'apporteurs. On pourrait partant faire observer que le vice dans la construction du régime de l'apporteur industriel ne résiderait peut-être pas tant dans son absence contribution aux pertes, mais plutôt dans l'inexistence d'un droit à la restitution de son apport en cas de succès.

En effet, si l'apporteur en industrie n'était pas structurellement privé de ce droit à restitution en cas de succès de l'entreprise, on n'en viendrait pas à conclure à un défaut de contribution aux pertes de sa part, dès lors qu'il subirait en cas d'échec de l'entreprise un gain manqué à raison du défaut de restitution de son apport à l'instar de l'apporteur en jouissance.

On pourrait donc soutenir que si l'apporteur industriel n'était pas injustement lésé par les règles du partage en cas de succès, il aurait quelque chose à perdre en cas d'échec.

On remarque néanmoins que cette solution traditionnelle tenant à refuser à l'apporteur en industrie un droit à la reprise de son apport, ne paraît pas contestée en doctrine, aussi injuste qu'elle peut pourtant paraître au premier abord (v. M. BUCHBERGER, *th. cit.* n°54, p. 70 ; rapp. également C. COUPET, *th. cit.*, spéc. n°117, p. 126-127 ; v. aussi D. RANDOUX *J. Class. Fasc. cité*, n°69 ; J. HAMEL, G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Dalloz 1954, n°490, p. 601. V. néanmoins suggérant, non pas expressément la consécration d'un droit de reprise, mais l'intégration de l'apport en industrie au capital social, dont le droit de reprise pourrait être une conséquence ; L. NURIT-PONTIER, « Repenser les apports en industrie », *art. cit.* et rapp. également C. COUPET, *th. cit.*, spéc. n°117, p. 126-127. v. enfin D. RANDOUX *J. Class. Fasc. cité*, n°69).

consacrer de vastes développements⁹⁴⁴. Car si l'on veut bien admettre que le principe de limitation de responsabilité des associés ne peut faire simplement disparaître le risque économique inhérent à toute entreprise, il faut bien en déduire que ce risque économique n'est que déplacé, mécaniquement reporté sur la tête d'autres catégories de « parties prenantes »⁹⁴⁵, à commencer par les créanciers de la structure.

Dès lors, la frontière entre associé et prêteur par exemple se brouille à mesure que s'accroît la limitation de la responsabilité des premiers et que, mécaniquement, se réalise le déplacement du risque que les premiers ne supportent plus sur la tête des seconds, phénomène aboutissant à une répartition du risque et des pertes sociales incompatible avec l'analyse traditionnelle des structures sociales personnifiées sous l'angle du contrat de société.

345. Après avoir donc établi le défaut de nécessité de la vocation aux pertes comme un attribut essentiel des prétendus associés de SSPRL⁹⁴⁶ malgré son caractère fondamental au contrat de société, c'est à l'analyse de son corollaire, la vocation aux bénéfices, qu'il convient désormais de se livrer.

§2. L'incertaine vocation aux bénéfices des porteurs d'actions de groupe

346. La soustraction des porteurs à la vocation aux bénéfices sociaux – Depuis l'ordonnance du 24 juin 2004, l'article L 228-13 du Code de commerce autorise expressément que les droits de préférences « de toute nature » dont l'article L 228-11 permet la création, soient exercés, non pas dans la société ayant émis les actions en question, mais « dans la société qui possède directement ou indirectement plus de la moitié

⁹⁴⁴ V. *infra* Titre 2.

⁹⁴⁵ Rapp. *infra* n° 578 et s.

⁹⁴⁶ On aurait pu également envisager la figure des actions rachetables en tant qu'illustration de la déconnection du droit positif des SSPRL vis-à-vis de l'exigence de contribution aux pertes sociales et de soumission de tous aux aléas sociaux (v. M. GERMAIN et V. MAGNIER, « L'apport en société dans tous ses états », *BJS* 2009, p. 1148 s. ; A. VIANDIER « Le rachat d'actions après la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 (art. 41) », *RJDA*, 1998/7, p. 590 et s. ; A. COURET, « L'action de préférence rachetable à la demande du porteur » : *Bull. Joly Sociétés*, 2008, p. 344, § 75 ; R. MORTIER, « Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : rachat d'actions et actions rachetables » : *Rev. sociétés*, 2004, p. 639 et s. ; P. MOUSSERON, « Les actions remboursables » : *Dr. sociétés*, 2007, étude n° 8 ; Th. MASSART, « Les pactes garantissant la rémunération du capital-risque », *Dr. et patr.*, nov. 2009, n° 186, p. 75 et s.).

du capital de l'émettrice ou dans la société dont l'émettrice possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital »⁹⁴⁷.

Appliquée en matière de droit aux dividendes et de droit au *boni* de liquidation⁹⁴⁸, il s'agira ainsi non plus simplement d'indexer les droits pécuniaires des porteurs sur les résultats d'une société tierce comme cela peut être le cas en présence d'une action traçante ou action reflet⁹⁴⁹, dont ces actions dérivent, mais bien de permettre à ces

⁹⁴⁷ Innovation souvent considérée comme « la plus importante de la réforme » (A. GUENGANT, D. DAVODET, P. ENGEL, S. de VENDEUIL et S. LE PAVEC, « Actions de préférence : questions de praticiens », *JCP E* 2005, 1086, question n°18.

⁹⁴⁸ Certains auteurs paraissent réticents à admettre la possibilité d'utiliser ces actions de groupe en matière de droit aux bénéfices au motifs qu'il s'agirait là d'une prérogative propre à l'associé (v. ainsi par exemple : A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *JCP E* 2004, 1440, spéc. n°44 ; B. BRIGNON, *J. Cl. société*, fasc 1803 « Actions de préférence », spéc. n°36 ; *Dict. Lamy sociétés commerciales*, n°4835, p. 2290). Néanmoins, si ces auteurs concluent à l'impossibilité d'utiliser l'action de groupe en matière de droit au dividende, ils invitent à instaurer à la place, un droit financier qui en aurait absolument tous les caractères sinon le nom ; on trouve ainsi écrit : « on veillera cependant, dans les statuts des sociétés concernées, à ne pas parler de droit aux dividendes puisque ce terme paraît réservé aux associés. On évoquera donc plutôt le droit à exiger de la société d'exercice le versement des sommes d'argent, à des moments et selon des montants déterminés ou déterminables. Cela étant, il peut paraître difficile de prévoir que ces sommes resteront dues en cas d'absence de résultats bénéficiaires par la société d'exercice. » (*Dict. Lamy précité*, n°4835, p. 2290). Le procédé paraît certainement assez artificiel (R. MORTIER, in D. MARTIN, H. Le NABASQUE, R. MORTIER, C. FALLET et A. PIETRANCOSTA (dir.), « Les actions de préférence » ; *Actes prat. ing. sociétaire* 2012, dossier 6, n° 54), la dissimulation un peu grossière ; comme si désigner la chose de façon détournée en évitant de mentionner son nom pouvait la faire disparaître. Au delà de cette question de qualification, il est généralement admis que l'on ne saurait exclure les droits pécuniaires du champ des actions de groupe, « sauf à priver la réforme de toute portée réelle » (H. LE NABASQUE, « Les actions de préférence de groupe », *BJS* 2006, p. 1296 et s., spéc. II, B, 1 ; v. également et plus généralement en faveur de la validité des actions de préférence de groupe en matière de droits pécuniaires, principalement de droit aux dividendes : T. ALLAIN, « Regards optimistes sur la validité des actions de préférence « dissociées », *Journ. Sociétés*, juin 2013, p. 27.).

⁹⁴⁹ Le rapport remis en 2000 à la COB qui était consacré à l'introduction en France de cette sorte d'action, en donnait la définition suivante : « le *tracking stock* est un titre de capital qui suit les performances d'une activité à l'intérieur du groupe. Ce produit tire sa spécificité du fait qu'il représente une quote-part du capital de l'émetteur mais non de celui de l'activité qu'il a pour objet de retracer » (groupe de travail présidé par R. BARBIER DE LA SERRE, *L'introduction en France d'actions traçantes*, Rapport COB 2000, p. 9). Si le grand nombre de variantes existantes rend malaisé le tracé de la frontière de la notion, il reste toutefois possible de retenir qu'en substance, l'action reflet consistera comme ses divers noms l'indiquent, à « traquer » ou à retracer les résultats d'une activité particulière donnée, à en refléter donc les seuls résultats plutôt que d'être indexée sur ceux de la société dans son ensemble, à la manière d'une action ordinaire. Il pourra s'agir d'une branche d'activité de la société émettrice, mais encore d'une activité dont l'exploitation est éclatée en diverses structures et donc partiellement hébergée par des structures tierces, voire de l'activité d'une filiale ou d'une société quelconque du groupe. Néanmoins, ces actions ne soustraient pas leur porteur à l'aléa social puisque ceux-ci n'ont droit à des dividendes qu'à condition que la société ait réalisé des bénéfices et dans la stricte mesure de ceux-ci : l'action traçante se borne à instaurer un mode de répartition original des bénéfices sociaux entre les actionnaires et que c'est sous réserve qu'existent des bénéfices sociaux, et dans la stricte limite de ceux-ci, que des dividendes seront versés aux porteurs d'actions reflet par application de l'indice retenu. Il est ainsi nécessaire, pour que des dividendes leur soient versés, d'une part que le bilan de la société émettrice fasse apparaître des bénéfices distribuables, et d'autre part, que la branche d'activité visée par les actions reflète, soit elle-même bénéficiaire.

Dès lors, on comprend qu'il ne s'agit pas de substituer à l'aléa social, un aléa « de branche », en soustrayant les porteurs au premier pour les soumettre exclusivement au second – ce qui serait le cas s'il était prévu que les porteurs toucheraient des dividendes en fonction des résultats de la branche visée indépendamment des résultats sociaux – mais bien d'ajouter à l'aléa social, qui plafonnera le

porteurs de parts d'exercer leur droit aux dividendes – ainsi qu'éventuellement au *boni* de liquidation – directement au sein de la société tierce et non au sein de la société émettrice.

Contrairement donc à ce qui se réalise avec une action traçante ou reflet classique, où c'est bien une part des bénéfices réalisés par la société dont ils sont actionnaires que touchent les porteurs, quoique l'attribution de ces dividendes soit fonction des résultats d'une branche d'activité spécifique, les porteurs d'actions de groupe viennent quant à eux au partage des bénéfices de la société cible comme s'ils en étaient les actionnaires.

Cette société cible ne sert plus simplement alors de simple indice de référence pour un partage des bénéfices de l'émettrice – ainsi que tel est le cas dans le cas de figure de l'action reflet – ; elle devient la pourvoyeuse des dividendes versés à des porteurs d'actions qu'elle n'a pas émises, en fonction de ses propres résultats sociaux.

Dès lors, dans ce cas de figure, il ne paraît nullement nécessaire que la société émettrice ait elle-même réalisé de bénéfices pour que les porteurs d'actions de groupe aient individuellement droit à des dividendes⁹⁵⁰. De sorte qu'il ne paraît plus possible de continuer à analyser les porteurs de ce type d'actions comme étant assujettis à l'aléa social de la structure dont ils sont théoriquement membres (la société émettrice), du moins du point de vue de la vocation aux bénéfices⁹⁵¹.

Peu importe donc l'existence ou le montant des bénéfices de la société dont ils détiennent les actions puisque leur droit individuel aux dividendes n'est nullement corrélé avec cette donnée. Leur chance de gain n'est d'aucune manière indexée sur le succès de l'entreprise de la société à laquelle ils sont réputés appartenir et les

montant des bénéfices distribuables, le jeu d'un « aléa de branche » au stade de la répartition des bénéfices distribuables entre actionnaires. Il existe ainsi, pour reprendre les mots d'un auteur, « une solidarité relative de la "partie parcellaire" et de la partie ordinaire (...), une situation "d'indépendance dans l'interdépendance" » (M. GERMAIN cité dans le rapport de la COB du groupe de travail présidé par R. BARBIER DE LA SERRE, *précité*, p. 14).

⁹⁵⁰ À moins naturellement d'ériger cet événement en condition du droit au dividendes des porteurs d'actions, ce qui paraîtrait à l'évidence assez artificiel dès lors que le droit au dividende de ces porteurs n'entretient plus aucun lien tangible avec l'émettrice.

⁹⁵¹ En matière de contribution aux pertes à l'inverse, il faut reconnaître que les porteurs d'actions de groupe restent soumis à l'aléa social de l'émettrice : en cas de faillite de celle-ci, les actionnaires en subiront bel et bien les effets car leurs actions disparaîtront avec la société émettrice – et avec ces actions, les droits qui y sont attachés dans la société cible – et leurs apports ne leur seront pas restitués ; ils en accuseront donc incontestablement une perte certaine.

dividendes qu'ils touchent ne peuvent nullement s'analyser en une fraction des bénéfices de l'entreprise commune de la société dont ils sont actionnaires.

347. Ainsi, même si la figure des actions de groupe instaurant des droits pécuniaires dans une société tierce paraît encore essentiellement à ce jour une hypothèse d'école compte tenu du peu de succès que la technique semble rencontrer en pratique⁹⁵² et du flou qui entoure encore les traits de son régime⁹⁵³, son introduction en droit positif nous paraît un marqueur assez révélateur du peu de cas qu'il est fait des exigences du droit du contrat de société dans le régime des SSPRL modernes.

⁹⁵² H. LE NABASQUE in D. MARTIN, H. Le NABASQUE, R. MORTIER, C. FALLET et A. PIETRANCOSTA, *art. précité*, n°9 ; D. MARTIN, O. SABA, C. FALLET, « Pistes de réflexion pour une réforme des actions de préférence », *JCP E* 2010, 1821, n°1 ; T. ALLAIN, *art. précité*, p. 27.

⁹⁵³ H. LE NABASQUE in D. MARTIN, H. Le NABASQUE, R. MORTIER, C. FALLET et A. PIETRANCOSTA (dir.), *art. précité*, n°7 et 8.

Conclusion de section

348. Avoir examiné les différents éléments essentiels au contrat de société pour les confronter au droit des SSPRL contemporain nous a permis de prendre conscience qu'à de nombreux égards, le droit positif des SSPRL s'accommode d'un fonctionnement ouvertement contraire aux principes du contrat de société.

Il est pour autant vraisemblable qu'en pratique, de nombreuses SSPRL reposent sur un véritable contrat de société sous-jacent. Il n'a d'ailleurs jamais été question de prétendre le contraire. Notre démonstration n'a eu pour seul objectif que de montrer que le contrat de société ne constitue aucunement une condition nécessaire à la constitution et au fonctionnement d'une SSPRL en l'état du droit positif et donc au bénéfice de la limitation de la responsabilité alors que cette notion est supposée constituer le gardien essentiel de son champ d'application.

Sans doute, le mouvement d'affranchissement vis-à-vis des règles de la société procède-t-il du fait que, fondamentalement, la nature précise des liens unissant les membres d'une SSPRL peut paraître un enjeu bien dérisoire au regard de ceux qui sont par ailleurs brassés par la « vie économique » de ces structures. En tout état de cause, le fait est que *la société* ne nous semble plus constituer – contrairement à ce que la présentation courante continue à donner à penser – un outil conceptuel pertinent pour borner le champ d'application de ces structures personnifiées, et partant, pour déterminer le champ d'application de la limitation de responsabilité qui en découle, ce qui laisse assurément perplexe compte tenu de la gravité des dérogations qu'emporte ce régime.

Section 2 - L'altération des sanctions

349. En plus des nombreux phénomènes de droit positif qui nous sont apparus en contradiction frontale avec les critères du contrat de société, le désaveu de la conception traditionnelle qui pense l'octroi du bénéfice du régime de SSPRL conditionné à l'existence d'une société sous-jacente, nous paraît provenir également d'une altération notable des outils utiles à la sanction du champ d'application de ces structures.

En effet, la nullité, sanction naturelle du champ d'application des actes juridiques, est l'objet de vigoureuses entraves et limites affectant tant les possibilités de son prononcé que ses effets, ce qui rend possible en de nombreuses hypothèses le fonctionnement effectifs de SSPRL sans contrat de société sous-jacent (Sous-section 1). Certaines sanctions subsidiaires peuvent à la marge cependant compenser quelque peu la perte d'effectivité de la sanction de nullité et il conviendra d'en apprécier la portée (Sous-section 2).

Sous-section 1 - L'affaiblissement de la nullité, gardien naturel du champ d'application de la société

350. Remarques préliminaires – Des mécanismes contrariant le jeu normal des règles – Parce que l'application trop rigoureuse des règles peut, dans certaines circonstances, être source de désagréments plus grands que ce contre quoi elles luttent, le système juridique se dote de quelques mécanismes qui tendent à assouplir ou à neutraliser l'application des principes qu'il pose.

La prescription en est un exemple particulièrement topique : quelle que soit l'importance de la règle considérée et l'attachement que le législateur porte aux objectifs que celle-ci poursuit⁹⁵⁴, il sera fait le choix d'en refuser l'application si c'est trop tardivement que cette dernière est demandée aux tribunaux. On considérera qu'il

⁹⁵⁴ Ce n'est que pour sanctionner les actes d'une gravité extraordinaire comme les crimes contre l'humanité qu'il sera fait exception au jeu de cette limite.

est moins nuisible alors de laisser la norme inappliquée que d'en faire une application trop tardive : « au delà de certaines limites, les impératifs de sécurité, d'ordre et de paix sociale peuvent l'emporter sur la finalité première de la règle de droit »⁹⁵⁵.

Dans une certaine mesure, on pourrait retrouver une trace de cette logique à l'œuvre dans le régime des nullités des actes juridiques : à l'application d'un raisonnement brut qui consisterait à déduire du défaut de réunion de l'ensemble des conditions de validité d'un acte, la simple inexistence de celui-ci, notre droit préfère en effet consacrer une « troisième voie » spécifique – trouvant sa place entre la validité d'un acte et son inexistence – qu'est le concept d'acte nul. Au premier abord en effet, il aurait été pourtant plus intuitif de se borner à considérer qu'un prétendu acte ne remplissant pas les conditions que l'ordre juridique pose pour sa validité n'existe tout simplement pas : *quod nullum est, nullum prouducit effectum*⁹⁵⁶, une telle approche devant conduire le juge à faire abstraction de cette tentative avortée de création d'un acte dans ses raisonnements. C'est de cette manière en tout cas que la portée la plus absolue aurait été donnée au refus de considérer l'acte valide.

Mais la rigueur de cette logique primaire fut heureusement atténuée par la création de ce statut intermédiaire de l'acte nul⁹⁵⁷, auquel est adossé un régime qui tend justement à prendre en compte – dans une mesure variable selon les hypothèses – l'existence de prévisions et d'actions individuelles causées par la croyance en la validité de l'acte⁹⁵⁸. Cette prise en considération des intérêts de ceux qui – tiers ou partie – ont cru dans la validité de l'acte, conduira souvent à atténuer la vigueur de la sanction du défaut de validité de celui-ci ; il suffit pour s'en rendre compte de comparer les régimes de nullité avec celui d'une *inexistence* brute⁹⁵⁹ tel qu'il est parfois prôné en

⁹⁵⁵ F. TERRÉ, PH. SIMPLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *op. cit.* 12^{ème} éd., n°1764, p. 1834 ; rapp. J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2005, n°1113 et s., p. 1129 et s. Rapp. J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit*, Sirey 15^{ème} éd. 2014, n°11, p. 11-12.

⁹⁵⁶ Du néant rien ne peut sortir ; v. A. PIEDELIEVRE, « Quelques réflexions sur la maxime "*quod nullum est, nullum prouducit effectum*" » *Mélanges Voirin*, LDGJ, 1966, p. 638 et s., qui remarque d'ailleurs que « le code écarte souvent les effets complets de cette maxime ».

⁹⁵⁷ Rapp. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1909, spéc. p. 52-53 expliquant comment l'idée primaire d'inefficacité (« il y a un acte ou il n'y en a pas ») a évolué en un régime subtil et construit des nullités. Rapp. A. POSEZ, *L'inexistence du contrat*, th. Paris II, dir. D. BUREAU 2010, spéc. n°2, p.3.

⁹⁵⁸ V. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, *op. cit.*, spéc. p. 169 et s.

⁹⁵⁹ V. not à ce propos F. TERRÉ, PH. SIMPLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *op. cit.* 12^{ème} éd., n°140, p. 177 ; A. POSEZ, *L'inexistence du contrat*, th. Paris II ; A. AUBRY et C. RAUL, *op. cit.* §37).

doctrine pour quelques situations : la possibilité d'une confirmation de l'acte nul⁹⁶⁰, le caractère judiciaire de la nullité impliquant la « prescriptibilité » de l'action par exemple⁹⁶¹, sont autant de marques de souplesse, de compromis, vis-à-vis du principe de la « non validité de l'acte »⁹⁶², sans compter toutes les atténuations sectorielles au principe de l'anéantissement de l'acte que connaît le droit positif⁹⁶³.

351. Un équilibre délicat – En cela donc, le régime de nullité apparaît en son principe porteur d'un affaiblissement de la vigueur des règles posant les conditions de validité d'un acte ; l'intensité de ce phénomène étant évidemment susceptible de variation⁹⁶⁴.

Tout est cependant affaire d'équilibre : si la volonté de protection des intérêts de ceux qui auront fondé prévisions et actions sur la croyance en la validité de l'acte doit parfois conduire à atténuer l'intensité de la sanction du défaut de validité et, partant, à amoindrir l'effectivité de la règle édictant la condition non respectée, il est nécessaire de trouver le point de juste équilibre entre cet objectif de sécurité juridique et ceux que poursuivait la règle à l'effectivité de laquelle il sera porté atteinte⁹⁶⁵.

⁹⁶⁰ En cas de nullité relative, v. art. 1182 du Code civil et Cass. com. 7 avr. 1992, n°90-21.260.

⁹⁶¹ Encore, v. Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002 (*D.* 2003, p. 369 note J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 2003, p. 284, obs. J. MESTRE et B. FAGES) qui affirme que « les restitutions consécutives à une annulation ne relèvent pas de la répétition de l'indu mais seulement des règles de la nullité », ce dont il résultait alors une différence au niveau du délai de prescription de l'action en restitution : l'action en répétition de l'indu étant soumise à la prescription de droit commun alors de trente ans, tandis que s'appliquait à l'action en nullité un délai de prescription abrégé de cinq ans. Et v. sur cette question, retenant un fondement propre et autonome aux restitutions consécutives à l'annulation, C. GUELFUCCI-THIBIERGÉ, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. GHESTIN, LGDJ 1992, n°637 et s., p. 369 et s.

⁹⁶² V. plus généralement G. COHENDY, « Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public », *RTD civ.* 1914, 33). V. plus généralement A. PIEDELIÈVRE « Quelques réflexions... », *art. cit.* ; et J. PIEDELIÈVRE, *Des effets produits par les actes nuls*, Arthur Rousseau 1911, not. p. 162 et s.

⁹⁶³ On pensera notamment à la figure du mariage « putatif » (art. 201 du Code civil) ; v. plus généralement les exemples cités par A. PIEDELIÈVRE (« quelques réflexions... », *art. cit.*) en note 4 ; v. également L. AMIEL-COSME, « L'efficience des nullités », *Droit et patrimoine* juin 2000 n°83, p. 89 et s., spéc. p. 98 et s.

⁹⁶⁴ On citera enfin pour dernier exemple d'atténuation de la rigueur des principes, la solution jurisprudentielle selon laquelle, en dépit de l'annulation du contrat de prêt, l'obligation de rembourser qui en était issue subsiste ce qui permet le maintien des sûretés qui la garantissaient (le prêteur pourrait de toute façon obtenir la restitution des sommes en tant qu'effet de la nullité, mais devrait en toute rigueur perdre ses sûretés, la créance garantie ayant disparue: v. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, I. L'acte juridique*, 15^{ème} éd., 2012, n°361, p. 360) : v. Cass. civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, *Def.* 2008, art. 38874, n°4, obs. E. SAVAUX ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, *Bull. civ.* I, n°154.

⁹⁶⁵ Rappr. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridique*, *op. cit.*, p. 176 : « il y a des intérêts en lutte entre lesquels on ne saurait justement décider sans s'inspirer de cette directive que l'on connaît sous le nom de principe de l'équilibre des intérêts en présence. En face des intérêts de la personne spécialement protégée par la nullité, il y a les intérêts respectables de telle autre personne, les intérêts généraux des tiers, les intérêts de la société ; il y a les besoins du crédit, les égards dus à la confiance accordée non pas à ce qui est, mais à ce qui paraît ; il y a la sécurité et la certitude nécessaires qui protestent contre les perturbations apportées dans les possessions et les situations de

352. La nullité des sociétés et la question de l'effectivité des règles qu'elle sanctionne – En matière de structures sociales personnifiées et surtout en ce qui concerne celles qui offrent à leurs membres le bénéfice de limitation de responsabilité, on peut se demander si cet équilibre est encore respecté⁹⁶⁶.

En effet, la crainte des conséquences d'une nullité a ici conduit à en aménager le régime et le champ d'application de manière à la transformer en une sanction quasi fantomatique, un « épouvantail qui ne réussit pratiquement jamais »⁹⁶⁷, faisant des normes qu'elle aurait dû sanctionner de simples « tigres de papier »⁹⁶⁸. Il est vrai qu'appliqué sans tempérament, le droit des nullités serait en la matière source d'un redoutable désordre ; et certains y ont vu le « parangon de l'inadaptation des règles civiles au droit des sociétés »⁹⁶⁹. Aussi, jusque dans la jurisprudence du XVII^{ème} siècle⁹⁷⁰ trouve-t-on les traces de cette volonté d'échapper aux « conséquences désastreuses et choquantes » auxquelles « conduit le régime rigide des nullités »⁹⁷¹. Cela, notamment parce que l'annulation de la personne morale devrait en bonne logique entraîner une remise en cause en cascade de l'ensemble des actes que celle-ci aurait pu conclure⁹⁷², mais encore parce que les SSPRL étant aujourd'hui perçues comme le berceau naturel des entreprises – dont la protection et l'encouragement figurent assurément parmi les objectifs les plus impérieux de notre législation

fait par les nullités et leurs répercussions, qui exigent que l'on sache à quoi s'en tenir sur la validité ou la non validité d'un acte ».

⁹⁶⁶ V. à propos de cet équilibre subtil, Y. GUYON, *Droit des affaires*, Economica, 11^{ème} éd. n°153, p. 156 ; rapp. F. GORÉ, « Le contrôle de la constitution des sociétés dans le projet français de code des sociétés », *RTD com.*1965, p. 269 et s., spéc. p. 276 : « La sécurité juridique est sans aucun doute l'un des buts du droit commercial mais la justice ne doit pas lui être complètement sacrifiée » ; v. également L. GROSCLAUDE, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, th. Paris 1, dir. P. LE CANNU, spéc. p. 101.

⁹⁶⁷ E. DU PONTAVICE, *RJ Com* 1984, p. 100 cité par P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, n°379, p. 268.

⁹⁶⁸ Y. GUYON, *Traité des contrats, les sociétés*, 5^{ème} éd. n°10, à propos de l'ordre public sociétaire.

⁹⁶⁹ J. HONORAT cité par M. AZAVANT, « La sanction civile en droit des sociétés », *Rev. des sociétés* 2003, p. 441, n°1.

⁹⁷⁰ V. M. AZAVANT, *art. cit.*, n°2 : « Déjà en 1680, le Parlement de Paris refusait de prononcer la nullité des sociétés non publiées comme l'exigeait pourtant l'ordonnance de 1675, parce qu'il estimait cette sanction inadaptée ».

⁹⁷¹ J. HEMARD, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait: étude de jurisprudence et de droit comparé*, Sirey, 1912, spéc. n°3 ; v. également L. LEVENEUR, *Situation de fait et droit privé*, préf. M. GÖBERT, LGDJ 1990, spéc. n° 220 et s., p. 259 et s.

⁹⁷² V. not. A. PIEDELIEVRE, « Quelques réflexions sur la maxime "*quod nullum est, nullum proudeit effectum*" », *art. cit.* p. 648 et s. ; également, L. LEVENEUR, *op. cit.* spéc. n° 223 et s., p. 260 et s. ; L. AMIEL-COSME, « L'efficacité des nullités », *Droit et patrimoine* juin 2000 n°83, p. 89 et s. ; M.

contemporaine⁹⁷³ – leur annulation est assurément une situation que le législateur souhaite autant que possible éviter.

Dès lors, estimant que « l'opportunité de la nullité, comme réplique à la transgression de la norme juridique peut (...) être compensée par des inconvénients, qui incitent à la priver de son automaticité habituelle »⁹⁷⁴, les législateurs interne et européen sont venus atténuer la vigueur des nullités de société⁹⁷⁵. Il va sans dire cependant que l'atteinte portée à l'« efficience »⁹⁷⁶ de la nullité est immédiatement répercutée sur l'effectivité des règles⁹⁷⁷ dont cette mesure constitue la sanction naturelle⁹⁷⁸.

353. Le droit positif connaît donc en la matière un régime qui tend d'une part à rendre exceptionnel le prononcé d'une nullité (§1), et d'autre part à en atténuer vigoureusement les effets (§2). Ces réserves et atteintes à la sanction de nullité, emportent assurément une perte d'effectivité des règles dont la nullité est « l'accessoire »⁹⁷⁹ et qu'elle a vocation à sanctionner.

§1. Les obstacles au prononcé de la nullité

MEKKI, « Nullité et validité en droit des contrats, un exemple de pensée par les contraires », *RDC* 2006, p. 679 et s.

⁹⁷³ V. *supra* n° 236 et s. et rapp. F. TEFFO, *L'influence des objectifs gouvernementaux sur l'évolution du droit des sociétés*, Dalloz 2014, préf. C. HANNOUN ; et v. spéc. n°10, p. 5, l'auteur cite L. JOSSERAND (« Un ordre juridique nouveau », *D.* 1937, Chron. 41, spéc. p. 42) : « “jadis lorsqu'une institution, une combinaison juridique quelconque choquait la morale, son sort était scellé, alors même qu'elle aurait présenté par ailleurs, et si on l'envisageait sur le plan économique, des avantages évidents” », R. Teffo poursuit : « Or, avec la révolution économique et la concentration des richesses, ce stade moraliste du droit a cédé la place à l'âge économique. Le droit est dès lors devenu “plutôt que la science du juste et de l'injuste, le code de la richesse et des phénomènes économiques”. Ainsi, sorti à l'époque moderne des nuées de la morale et de la tradition, le droit subit désormais l'attraction et le joug des phénomènes économiques qui le dominent et le transforment. D'où l'émergence d'un nouvel ordre juridique à tonalité économique ». V. encore K. RODRIGUEZ, « L'attractivité du droit des sociétés », *BJS* 2004, p. 330 et s.

⁹⁷⁴ J. HONORAT, v° « Nullités » in *Rep. Dalloz Droit des sociétés*, n°2.

⁹⁷⁵ Rapp. B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com.* 1987, p. 457 et s., spéc. n°35 p. 470 qui qualifie le droit des sociétés contemporains de « réaliste » ou de « pragmatiste », dans la mesure où, « en considération du caractère indésirable des effets d'une sanction, le régime de celle-ci prévoit les modalités de son évitement », v. plus généralement, p. 471 et s.

⁹⁷⁶ L. AMIEL-COSME, « L'efficience des nullités », *Droit et patrimoine*, juin 2000 n°83, p. 89 et s.

⁹⁷⁷ V. not. Y. GUYON, *Droit des affaires, op. cit.*, n°153, p. 156.

⁹⁷⁸ Rapp. M. M. AZAVANT, « La sanction civile en droit des sociétés », *Rev. des sociétés* 2003, p. 441, spéc. n°2 ; v. encore, *Lamy sociétés commerciales*, n°2736: « La sanction naturelle d'un acte juridique mal formé est la nullité. Ce qui n'a pas été voulu régulièrement doit disparaître rétroactivement. Seulement, on comprend aisément que cette sanction radicale n'est pas sans inconvénients dans le droit des sociétés commerciales ».

⁹⁷⁹ R. JAPIOT, *op. cit.*, spéc. p. 166-167.

354. En conséquence de la politique de « chasse aux nullités »⁹⁸⁰ que mène le droit contemporain, l'annulation d'une SSPR tend à devenir une véritable hypothèse d'école ; d'une part parce que les causes de nullité furent réduites à quelques cas de figures exceptionnels qui ne semblent plus concerner les exigences liées au contrat de société (A) ; d'autre part parce que de nombreuses mesures tendent à faire de l'action en nullité un « parcours du combattant »⁹⁸¹ qui rend extraordinaire le prononcé d'une telle sanction (B).

A. La réduction drastique des causes de nullité

355. Parce que l'annulation d'une personne morale est un phénomène aux conséquences redoutées, le droit positif est aujourd'hui doté d'un maillage normatif resserré qui, à différents échelons, tend à restreindre les causes de nullité des structures sociales personnifiées.

Que ce soit au stade générique du droit commun des sociétés régi par le Code civil, à celui du droit spécial des sociétés commerciales prévu par le Code de commerce, ou enfin à celui plus spécifique encore des structures à risques limités, objet de la directive du 9 mai 1968⁹⁸², se rencontrent des dispositions restreignant plus encore qu'à l'échelon supérieur à la manière d'un entonnoir, ces causes de nullité aboutissant à faire de cette sanction, une véritable hypothèse d'école en SSPRL.

Après avoir présenté d'un mot l'état du droit en la matière qui se caractérise par une concurrence de normes internes et européennes (1), il conviendra d'évoquer la question de la conciliation et de la portée de celles-ci (2), avant de déplorer qu'au rebours de l'esprit originel de la démarche, aucun mécanisme de contrôle *a priori* ne soit venu compenser l'éradication drastique des causes de nullité des sociétés (3).

1. Les réformes restreignant les causes de nullité

⁹⁸⁰ Y. GUYON, *op. cit.* n°153, p. 156.

⁹⁸¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, 32^{ème} éd., n°283, p. 104.

⁹⁸² Elle s'applique aux sociétés par actions ainsi qu'aux SARL, ce qui vise de fait l'ensemble des hypothèses de limitation de responsabilité de l'associé à l'exception toutefois de la situation du commanditaire de commandite simple.

356. La restriction des causes de nullité par le législateur français – C'est le législateur français qui en 1966 prit l'initiative d'une démarche de limitation des causes de nullités des structures sociales personnifiées⁹⁸³. Il avait cependant pris garde alors à ne pas écorner le principe d'indexation des SSP sur le contrat de société en laissant intacte la possibilité d'annulation de celles-ci pour des raisons tirées du non respect des exigences du droit des contrats en général et du contrat de société en particulier⁹⁸⁴. Aujourd'hui encore, à s'en tenir à une stricte lecture des dispositions de droit interne, le respect des exigences du droit des contrats et du droit du contrat de société continuent dans leur ensemble à être sanctionnées par la nullité, (à quelques exceptions près toutefois, lesquelles furent dictées par le soin de se conformer aux exigences européennes)⁹⁸⁵.

357. Un nouveau souffle européen – Mais à peine avait-il légiféré que le législateur communautaire lui emboîtait le pas en promulguant, en 1968, la première directive relative au droit des sociétés, bien plus ambitieuse sur la question qui nous occupe⁹⁸⁶.

Seuls six événements furent alors admis en tant que causes de nullité de SSPRL autorisées à figurer dans les législations internes, l'objectif manifeste étant de faire de la nullité de ces structures une hypothèse rarissime, sinon purement théorique – quel qu'en soit le coût du point de vue de l'efficience des règles bornant le champ d'application de cet instrument.

⁹⁸³ Par la loi du 24 juillet 1966, *D.* 1966, législ. p.265, rect. 400 ; v. D. BASTIAN, « La réforme du droit des sociétés commerciales », *JCP G* 1967, I, 2121 ; N. XUAN CHANH « La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966 », *D.* 1966, chron. p. 25 et s. ; R. HOUIN et F. GORE, « La réforme des sociétés commerciales », *D.* 1967, chron. p. 121 et s. ; v. J. HONORAT, *art. cit. spéc.* n°17 et s.

⁹⁸⁴ V. not. D. BASTIAN, *art. cit. spéc.* n°168.

⁹⁸⁵ L'ordonnance du 20 décembre 1969 (n°69-11.76, *D.* 1970, législ. p. 17) ayant pour but de conformer le droit français à la directive du 9 mars 1968, inséra à l'actuel article L235-1 du Code de commerce le principe selon lequel « en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs. La nullité de la société ne peut non plus résulter des clauses prohibées par l'article 1844-1 du code civil » ; v. B. GOLDMANN, « La nullité des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par actions et le droit français après la directive du 9 mars 1968 », in *The Art of arbitration: essays on international arbitration liber amicorum Pieter Sanders*, Deventer 1982, p. 59 et s. ; Y. SERRA, « Nullité et inopposabilité au regard de la réception de la directive no 68-151 du Conseil des Communautés européennes par la législation française des sociétés », *D.* 1973, chron. 97 ; P. VAN OOMMESLAGHE, « La première directive du Conseil du 9 mars 1968, en matière de sociétés », *Cahiers de droit européen* 1969, p.498 ; R. SINAY, « La première directive européenne sur les sociétés et la mise en harmonie du droit français », *Gaz. Pal.* 1971, 1, doct. p. 146.

La directive liste ainsi pour seules causes de nullité admissibles :

« le défaut d'acte constitutif ou l'inobservation soit des formalités de contrôle préventif, soit de la forme authentique; le caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet de la société [étant entendu que cet objet se comprend seulement en tant qu'objet statutaire selon la jurisprudence de la CJUE⁹⁸⁷]; l'absence, dans l'acte constitutif ou dans les statuts, de toute indication au sujet soit de la dénomination de la société, soit des apports, soit du montant du capital souscrit, soit de l'objet social; l'inobservation des dispositions de la législation nationale relatives à la libération minimale du capital social; l'incapacité de tous les associés fondateurs; le fait que, contrairement à la législation nationale régissant la société, le nombre des associés fondateurs est inférieur à deux »⁹⁸⁸.

358. Le choix de la sécurité juridique – L'absence de mention des exigences tirées du droit des contrats en général et du droit de la société en particulier, au titre des règles susceptibles d'être sanctionnées de nullité, est ici remarquable⁹⁸⁹. Si à la rigueur, on peut considérer que les exigences que sont la capacité des fondateurs d'une part, et l'objet licite d'autre part, sont tirées du droit des contrats – quoi qu'il s'agisse plus généralement d'exigences communes à tout acte juridique – aucune des causes listées par la directive n'est issue du droit spécifique de la société ; autrement dit, aucune structure personnifiée ne saurait être annulée au motif du non respect d'une exigence tirée du contrat de société. Le fait que la structure ne repose nullement sur une société ne saurait donc justifier son annulation.

⁹⁸⁶ Directive CE n° 68/151 du 9 mars 1968, codifiée et remplacée depuis par la directive UE n° 2017/1132 du 14 juin 2017 ; v. B. LECOURT, « La codification du droit européen des sociétés », *Rev. sociétés* 2017, p. 659.

⁹⁸⁷ Rec. CJCE 13 nov. 1990. I. 4135, *Marleasing*, *Rev. sociétés* 1991, p. 532, note Y. CHAPUT ; *JCP, éd. E*, 1991. I. 67, no 3, obs. F. SERRAS et 1991. II. 156, note P. LEVEL ; B. SAINTOURENS, « Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la première directive CEE de 1968, interprétée par la CJCE », *Bull. Joly* 1991.123 ; F. LECLERC, « Que reste-t-il des nullités de sociétés en droit français après l'arrêt *Marleasing* ? », *RJ com.* 1992, p. 321.

⁹⁸⁸ Art. 11 de la directive 2017/1132 du 14 juin 2017 précitée ; on remarquera que le droit français ne les connaît pas toutes, ainsi du défaut de certaines indications dans l'acte constitutif, ou du défaut de libération des apports, v. G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n°1582, p. 73.

⁹⁸⁹ En ce sens, v. not. P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.* n° 380, p. 269 ; R. SINAY, « La première directive européenne sur les sociétés et la mise en harmonie du droit français », *Gaz. Pal.* 1971, 1, doct. p. 146, spéc. n°57.

Poursuivant avant tout un objectif de sécurité juridique⁹⁹⁰, le législateur européen n'a visé pour causes de nullité possibles que des événements quasiment immédiatement et objectivement vérifiables, et – par voie de conséquence – essentiellement relatifs aux seules formalités de constitution de ces structures⁹⁹¹. Permettre au contraire une annulation fondée par exemple sur les vices du consentement, la cause des engagements, une appréciation de la réalité des apports, ou de l'*affectio societatis*, aurait à l'évidence impliqué l'instauration d'une forme d'incertitude quant à la validité des structures découlant des difficultés et de la relativité de l'appréciation factuelle de ces événements ainsi que des éventuelles hésitations conceptuelles inhérentes à ce type de notions.

359. L'existence d'une société, événement indifférent – Mais à trop rechercher ainsi la sécurité juridique, l'on en vient à bannir l'emploi de tout critère et de toute notion un tant soit peu subtils. Et l'approche retenue par le législateur européen ne pouvant s'accommoder par crainte d'incertitude, que de critères immédiatement et objectivement vérifiables et univoques, perd en finesse ce qu'elle gagne en sécurité, au risque naturellement de priver le droit d'outils précieux de régulation ou d'appréhension des réalités économiques et sociales⁹⁹².

⁹⁹⁰ V. ainsi l'exposé des motifs de la directive du 9 mars 1968, ainsi par exemple : « il est nécessaire, en vue d'assurer la sécurité juridique dans les rapports entre la société et les tiers ainsi qu'entre les associés, de limiter les cas de nullité ».

⁹⁹¹ Dans cette perspective, on remarque que concernant l'illicéité d'objet, admis comme cause de nullité par la directive, la CJUE vient préciser que la notion d'objet ne doit s'entendre alors que de l'objet statutaire. (Rec. CJCE 13 nov. 1990, *Marleasing*, précité). Par là, l'un des seuls critères que comprenait la directive qui pouvait avoir une certaine « consistance », une certaine emprise avec une réalité autre que celle d'une déclaration abstraite, se retrouve transformé en un critère strictement formel. Peu importe ainsi la nature exacte de l'activité réellement exercée par la structure, seule la définition abstraite rédigée aux statuts (et potentiellement sans rapport aucun avec l'activité réelle donc) sera appréciée. Ainsi entendu, le risque pour la sécurité juridique à l'évidence est moindre : l'objet statutaire renvoyant, on l'aura compris, à une réalité plus stable, moins incertaine, et peu sujette à des divergences d'appréciation que l'activité réelle. Mais ce gain en sécurité se réalise une fois de plus au prix d'une perte de lien avec le réel. (Rapp. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 1955, p. 403 n°169 : « Le déclin du formalisme dans le droit avait eu pour cause et pour effet un désir de sincérité. La renaissance du formalisme ressuscite une apparence contraire à la réalité »).

L'appréciation du bien fondé de cette décision est une question bien éloignée de la démonstration qui nous occupe ici, on ne résiste toutefois pas à dire combien elle paraît critiquable car on se demande bien quel grief peut causer à l'ordre juridique l'existence d'une structure qui aurait eu la maladresse de définir son objet par une activité illicite si telle n'est pas son activité réelle. Or, malgré toute la réticence que témoigne la CJUE vis-à-vis des nullités de structures personnifiées, la Cour va faire figurer cette situation parmi les causes exceptionnelles de nullité qu'elle tolère – tandis qu'elle refuse donc de sanctionner la structure qui exercerait une activité illicite en ayant eu l'intelligence de ne pas l'écrire dans ses statuts.

⁹⁹² On pourrait penser à faire ici un parallèle avec la démarche qui inspire la méthode de la reconnaissance des situations en droit international privé, où le soin de ne pas décevoir les prévisions légitimes des parties justifie l'utilisation de critères simplistes et la mise en échec des règles de

Cette démarche interdit en tout cas de saisir les notions complexes inhérentes au concept de société et ces dernières restent ainsi hors du champ des causes de nullités tolérées par le droit européen.

Outre cette quête de sécurité à tout prix, il est par ailleurs également vraisemblable que le législateur européen ait pris le parti d'accepter que la nature comme la validité du lien contractuel sous jacent à une SSPRL soit finalement une donnée d'importance mineure au regard des enjeux économiques et sociaux que sont susceptibles de brasser les SSPRL, outils de fonctionnement des entreprises européennes⁹⁹³.

360. En tout état de cause, on retiendra que, animé par cet objectif de sécurité juridique, le droit européen est venu restreindre à quelques hypothèses d'école les possibles cas de nullité de SSPRL ; il a en tout cas exclu les exigences traditionnelles liées au contrat de société du domaine de cette sanction. Certains ont pu analyser cette évolution comme « une nouvelle étape du droit français des sociétés, dans son acheminement de la conception contractuelle de la société d'où il est parti, vers la conception institutionnelle à laquelle il est près d'aboutir »⁹⁹⁴ ; conclusion à laquelle on est naturellement tenté de souscrire malgré les réserves qu'inspire l'évanescence de la conception institutionnelle⁹⁹⁵.

2. La portée de la directive européenne

361. L'exclusivité de principe du droit interne pour régir un litige en nullité – Cela étant dit, il convient de remarquer que la portée exacte de la directive reste aujourd'hui encore sujette à quelques incertitudes – ce qui peut d'ailleurs apparaître comme un comble compte tenu des objectifs qui l'animent.

conflit et des divers objectifs que celles-ci poursuivaient (V. not. sur de cette question P. LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points discutés », in *La reconnaissance des situations en droit international privé* (dir. P. LAGARDE), Pedone, 2013, p. 19 et s., spéc. p. 24 ; v. aussi, S. BOLLÉE, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. D.I.P.*, 2007, p. 307 et s.

⁹⁹³ V. *infra*, Chapitre 2.

⁹⁹⁴ R. SINAY, *art. cit.* spéc. n°57 ; B. LECOURT, *L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, préf. Y. GUYON, LGDJ 2000, n°275, p. 178.

⁹⁹⁵ Rapp. not. J. PAILLUSSEAU, « L'EUROL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *JCP* 1986, I, n°3242 et v. *supra* n°270 ; M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^{ème} éd. 1994, n°21, p. 11.

On sait en effet que, par principe, les directives sont à l'inverse des règlements dépourvues d'effet horizontal direct⁹⁹⁶, de sorte que le droit interne, tel qu'il résulte de la combinaison des articles 1844-10 du Code civil et de l'article L235-1 du Code de commerce, devrait être le seul applicable à une action en nullité de SSPRL. Or les dispositions de droit interne on l'a vu, loin de s'être conformées à la rigueur de la directive, continuent dans l'ensemble et à quelques exceptions près, à affirmer conditionner la validité des SSPRL aux exigences du contrat de société malgré une démarche de transposition *a minima* de la directive par l'ordonnance du 20 décembre 1969⁹⁹⁷. Dès lors, on pourrait être tenté de penser que dans la perspective qui est la notre, « il n'y a pas lieu de se demander si le maintien de ces causes de nullité des contrats est conforme ou non à la directive de la CEE, car la directive n'est obligatoire que pour les gouvernements (...). Les tribunaux français ne peuvent donc connaître que de l'ordonnance »⁹⁹⁸.

Partant, malgré le défaut de conformité du droit interne au droit européen, les actions en nullité de SSPRL devraient, à suivre cette logique, continuer à être tranchées par le juge français par application des seuls codes internes, laissant partant subsister les causes de nullité issues du contrat de société.

362. La jurisprudence *Marleasing* – Cette conception toutefois semble avoir été largement désavouée par le fameux arrêt *Marleasing*⁹⁹⁹ par lequel la CJCE vint à enjoindre aux juges nationaux d'interpréter leurs dispositions internes en matière de nullité « à la lumière du texte et de la finalité » de la directive européenne, ce dont elle déduit purement et simplement l'interdiction pour ces juges « d'interpréter les dispositions du droit national relatives aux sociétés anonymes d'une manière telle que la nullité d'une société anonyme

⁹⁹⁶ Les directives ne sont pas en principe invocables dans un litige entre particuliers. V. C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Lexis-Nexis, 5^{ème} éd. 2013, n°762, p. 587 ; v. également l'arrêt *Marshall* de la CJCE du 26 février 1986 (*Rec. CJCE* 1986, I, p. 723).

⁹⁹⁷ N°69-11.76, *D.* 1970, légis. p. 17, évoquée *supra* ; elle introduit à l'article L235-1 du Code de commerce la réserve selon laquelle « en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs. La nullité de la société ne peut non plus résulter des clauses prohibées par l'article 1844-1 du code civil ».

⁹⁹⁸ R. HOUIN, « Chronique de législation et de jurisprudence française, sociétés commerciales », *RTD com.* 1969, p. 989 et s., spéc. p.1013.

⁹⁹⁹ CJCE 13 nov. 1990, *Rec.* I. 4135, précité.

puisse être prononcée pour des motifs autres que ceux qui sont limitativement énoncés à l'article 11 de la directive en cause »¹⁰⁰⁰.

On pourra déplorer une certaine « pirouette intellectuelle » à la base de la solution¹⁰⁰¹ ; on pourra également s'inquiéter du « fétichisme du formalisme »¹⁰⁰² que véhicule cet arrêt ; il reste que la formule est sans ambages et se trouve dotée de l'autorité attachée à la jurisprudence de la Cour européenne. Seules les causes de nullité énumérées dans la directive peuvent donc conduire à l'annulation d'une SSPRL selon la Cour¹⁰⁰³. Et s'il a un temps pu être envisagé que les juridictions nationales organisent leur résistance afin de ne pas tenir compte de l'injonction qui leur était adressée¹⁰⁰⁴, les juges interne montrèrent finalement les signes de leur soumission en reprenant à leur compte dans de multiples décisions, le raisonnement que leur soufflait la CJUE¹⁰⁰⁵. D'ailleurs la résistance en question n'aurait pu être une position bien pérenne, le recours en manquement auquel s'expose la France pour le défaut de conformité de sa législation à la directive devant permettre à terme, de résoudre irrémédiablement toute divergence¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, §9.

¹⁰⁰¹ B. SAINTOURENS, « Les causes de nullité ... » *art. cit.*, spéc. p. 129.

¹⁰⁰² P. DIENER, note sous CA PARIS, 16 novembre 1993, *Bulletin Joly*, 1994, p. 74 et s.

¹⁰⁰³ Elle a toutefois eu l'occasion d'affirmer par la suite que l'obligation d'interprétation conforme (sur laquelle v. C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Lexis-Nexis, 5^{ème} éd. 2013, n°758, p. 583) ne saurait conduire le juge national à donner une interprétation *contra legem* de son droit interne : v. CJCE, 12 juin 2008, *Vassilakis, e.a.*, C-364 /07 ; déjà, cette opinion avait été défendue lors de l'audience de l'affaire Marleasing (*Rapp. d'audience, Rec. prec.* p. 4142).

¹⁰⁰⁴ V. à ce propos F. LECLERC, « Que reste-t-il... ? » *art. cit.* ; également C. CUTAJAR-RIVIÈRE, *op. cit.* n°406 et s., p. 381 et s.

¹⁰⁰⁵ V. ainsi par exemple, CA Paris, 3^e ch. C, 21 sept. 2001, n° RG : 1999/00244, *BRDA* 2002, no 6, p. 5, *JCP E* 2002, p. 256, *RJ com.* 2002, p. 218, note M. LUBY, *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 626, note M. MENJUCQ ; Cass. com., 10 nov. 2015, n° 14-18179, *BJS* 2016, p. 28 note S. MESSAI-BAHRI ; rappr. encore Cass. com., 12 mai 2015, n° 13-28.504, *D.* 2015, p. 1096, note J.-C. HALLOUIN. En ce sens encore, v. P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, n°380, p. 269. V. toutefois, affirmant la possibilité d'une annulation d'une SARL sur le fondement de la cause illicite (fraude aux droits de l'épouse) – motif de nullité non prévue par la directive – mais à condition que le mobile illicite ait été partagé par l'ensemble des associés, ce qui n'était pas le cas en l'espèce : Cass. com. 28 janv. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 36, *D.* 1993.23, note J. PAGES, *JCP* 1993,II. 21994, note A. TISSERAND, *Bull. Joly* 1992, p. 419, note P. LE CANNU. Si l'arrêt a pu être interprété comme un signe de résistance de la Cour de cassation (en ce sens par exemple J. PAGES *précité* ; C. CUTAJAR-RIVIÈRE, *op. cit.* n°406 et s., p. 380 et s.), il a pu inversement être interprété comme la marque de sa soumission car en exigeant que le mobile frauduleux soit exigé de tous, la Cour « aboutit pratiquement à éliminer les annulations pour cause illicite », et respecte en cela les prescriptions de la CJUE en donnant une interprétation du droit interne qui permet de refuser l'annulation de la société demandée sur un fondement que ne connaît pas la directive (v. en ce sens J. HONORAT, *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz *art. cit.* n°100).

¹⁰⁰⁶ V. C. CUTAJAR-RIVIÈRE, *op. cit.* n°409, p. 386 ; et rappr. L. COMANGES, « Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives », *BJS* 2003, p. 12 et s., spéc. n°5 : « La jurisprudence française résiste cependant à la Cour de justice des Communautés européennes, elle admet la possibilité d'annuler une SARL sur un fondement qui hésite entre la cause illicite, l'objet réel illicite et la fraude. Lorsque l'on sait que la CJCE ne peut être saisie que par le biais de la question préjudicielle qui reste facultative pour le juge national tant que sa décision est susceptible de recours (Traité CE, art. 234), et que le juge français se garde bien d'interpréter les termes clairs de la loi

Aussi est-il aujourd'hui souvent enseigné malgré une prudence sinon une ambiguïté souvent de mise¹⁰⁰⁷, qu'en matière de SSPRL, « les causes de nullité résultant du droit commun, du contrat de société et du droit des obligations ne peuvent recevoir application à l'exclusion de celle fondée sur le caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet social puisque ce cas est expressément prévu à l'article 11 de la directive »¹⁰⁰⁸ – avec cette réserve cependant qu'il ne peut s'agir ici que de l'objet social statutaire, ce qui rend cette limite bien fantomatique : « les fondateurs ou les associés n'ayant pas le cynisme (ou l'ingénuité) d'afficher leurs intentions frauduleuses »¹⁰⁰⁹.

nationale au regard des règles communautaires restrictives, il est possible de penser que la conception française de la nullité des sociétés a de beaux jours devant elle. Il faut cependant remarquer que la Cour de cassation serait tenue de faire droit au renvoi préjudiciel, mais la situation, aussi surprenant que cela puisse paraître, ne semble pas encore s'être présentée en la matière. Une telle contradiction juridique pourrait également constituer le fondement d'un recours en manquement de droit communautaire à l'encontre de la France. Il faudrait pour cela que la Commission soit saisie d'une plainte émanant d'un particulier ou d'une entreprise et qu'elle décide d'engager une procédure précontentieuse. Il est aussi possible que la CJCE soit saisie par un autre État membre (Traité CE, art. 226 à 228), mais il apparaît que ces derniers ne sont que peu « enclins à s'affronter devant la Commission », d'autant plus qu'un tel sujet est loin d'occuper le devant de la scène diplomatique ; sur ce recours en manquement », v. également C. BLUMANN, L. DUBOIS, *op. cit.* n° 931 et s., p. 699 et s.

¹⁰⁰⁷ Les manuels courants étant souvent sur ce point peu disert et bien nuancés : v. par exemple M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.* 32^{ème} éd., n°270 et s., p.97 et s., qui font une présentation des causes de nullité exclusivement centrée sur les dispositions de droit interne – ce qui laisserait à penser que celles-ci continuent d'avoir une portée positive pour ces auteurs –, mais qui néanmoins soulèvent au terme de leur présentation, dans un encart destiné aux « amateurs », la question de savoir si le droit interne est conforme aux exigences européennes. Sans véritablement lui apporter une réponse nette, ces auteurs ne se prononcent que quant à la nécessaire subsistance de la fraude comme cause de nullité des SSPRL – en dépit de son absence de la liste donnée par la directive – en vertu du principe *fraus omnia corrumpit* (*op.cit.* n°254, p. 95). Il est alors ici laissé à penser qu'*a contrario*, les autres vices exclus de cette liste ne pourraient quant à eux être considérés comme des causes de nullités effectives de SSPRL. Si telle est l'opinion des auteurs on déplorera qu'elle ne soit pas affirmée plus explicitement d'une part, et qu'elle ne soit pas d'autre part intégrée au corps du texte qui, quant à lui, semble aiguiller le lecteur vers la solution inverse. On regrettera une présentation tout aussi équivoque dans d'autres manuels de référence, v. par exemple Ph. MERLE et A. FAUCHON, *op.cit.* n°87 et s., p. 10P et s., ou encore G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n°1592, p. 72-73. On mentionnera enfin, l'absence de prise de parti de la part de M. HONORAT (*Encyclopédie Dalloz, art préc.* n°97) pour qui, la question de la complète cohésion entre le droit français et le droit européen n'est « pas entièrement résolue ».

¹⁰⁰⁸ J.-P. LEGROS, v° « Nullité des sociétés – causes de nullité » *J. class. Sociétés traité*, fasc. 32-20, n°240 ; en ce sens également v. not. P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, n°380, p. 269 s. ; B. MERCADAL et PH. JANIN, *Mémento Francis Lefebvre Sociétés commerciales*, n°28234 ; F. LECLERC, *art. cit. spéc.* p. 333 ; B. LECOURT, *L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements, op. cit.*, n°273, p. 177.

¹⁰⁰⁹ Y. CHAPUT, note sous CJCE, 13 nov. 1990, *art. préc.*, spéc. p. 536.

3. Le défaut de contrôle a priori

363. Une mesure d'équilibre finalement abandonnée – On notera que ce mouvement de suppression des causes de nullités des SSPRL avait été initialement pensé – tant au niveau interne qu'euro péen – comme devant accompagner l'instauration d'un mécanisme de contrôle de la régularité des structures en amont de leur constitution. L'idée, inspirée de « la très célèbre maxime imprégnée de sagesse populaire “mieux vaut prévenir que guérir” »¹⁰¹⁰, étant de s'assurer une bonne fois pour toute de la régularité des structures au moment de leur création afin de purger tout risque de nullité pour l'avenir¹⁰¹¹.

Si la directive européenne est très évasive quant à la corrélation à opérer entre la suppression des causes de nullité qu'elle instaure et les mécanismes de contrôle *a priori* qu'elle encourage¹⁰¹², laissant une grande marge de liberté aux États sur ce point, le projet français de 1965 reposait bien quant à lui sur un équilibre strict et précis, en ce sens que chaque cause de nullité supprimée avait vocation à être compensée par la création corrélatrice d'un chef de contrôle *a priori*¹⁰¹³.

L'instauration d'un tel mécanisme pouvait être vu comme le moyen de continuer à assurer l'effectivité des exigences légales de constitution des sociétés tout en éloignant le risque juridique inhérent aux annulations de structures en cours de vie sociale¹⁰¹⁴. Sous différentes formes et modalités, le contrôle préalable est d'ailleurs connu de nombreuses législations européennes¹⁰¹⁵.

Mais en France, l'idée ne résista finalement pas au feu nourri des attaques qu'elle subit au cours des débats parlementaires ; les lourdeurs et complexifications qu'une

¹⁰¹⁰ B. LECOURT, L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements, LGDJ 2000, préf. Y. GUYON, n°373, p. 236.

¹⁰¹¹ V. M. MONEGER, Le contrôle de la constitution de la société facteur de sa viabilité initiale, th. Paris I, 1976.

¹⁰¹² V. art. 10 de la directive 2017/1132 du 14 juin 2017 ; la directive admet toutefois que les États membres ne mettent pas en place une procédure de contrôle judiciaire ou administratif préventif mais exige qu'en ce cas, l'acte constitutif, les statuts ainsi que les « modifications de ces actes » soient impérativement passés sous forme authentique.

¹⁰¹³ V. C. DUCOULOUX-FAVARD, « Les vicissitudes du contrôle judiciaire et la réforme du droit français des sociétés », *Rev. sociétés*, 1967, p. 1 et s. ; F. GORÉ, « Le contrôle de la constitution des sociétés dans le projet français de code des sociétés », *RTD com.* 1965, p. 269 et s. ; J. BURGARD, « À propos du contrôle judiciaire de la constitution des sociétés et de certaines modifications statutaires », *JCP G*, I, 1875.

¹⁰¹⁴ Mais s'il faut faire confiance dans l'aptitude du contrôle *a priori* à débusquer les défauts de validité et faire ainsi respecter les exigences légales, on pourrait s'interroger sur le besoin qu'il y a alors supprimer le contrôle *a posteriori*. La simple efficacité du contrôle *a priori* devrait en effet suffire à supprimer les occurrences de sanction *a posteriori*. Rapp. F. GORÉ, *art. cit.*, spéc. p. 271.

¹⁰¹⁵ V. not. Cl. DUCOULOUX-FAVARD, Les sociétés anonymes en droit français, allemand et italien, t.1: Le contrôle judiciaire de la constitution des sociétés en droit allemand et italien et la loi française du 24 juillet 1966, LGDJ 1969 ; F. GORÉ, *art. cit.*, spéc. p. 270 ; B. LECOURT, *op. cit.*

telle procédure risquait d'occasionner étaient pointées¹⁰¹⁶, avec notamment le risque tant redouté d'une dissuasion de l'initiative entrepreneuriale qui en découlerait¹⁰¹⁷. Le projet de contrôle *a priori* fut ainsi finalement abandonné. Pour autant, « tout s'est passé comme si le contrôle préventif était acquis et efficace »¹⁰¹⁸ et la suppression des causes de nullité s'est quant à elle poursuivie¹⁰¹⁹.

364. Le contrôle superficiel du greffe – Enfin, il ne pourrait être soutenu que le contrôle réalisé par le greffier à l'occasion de l'immatriculation – chargé de vérifier « que la constitution ou les modifications statutaires des sociétés commerciales sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent »¹⁰²⁰ – est de nature à compenser la suppression des nullités sanctionnant les exigences du contrat de société. Un tel contrôle, essentiellement formel et superficiel¹⁰²¹, semble à l'évidence incapable de garantir le respect des quelques exigences législatives un tant soit peu subtiles comme de sanctionner les vices de constitution qui ne seraient pas évidents¹⁰²².

¹⁰¹⁶ V. J. O. Ass. Nat. 2 juin 1965, p. 1666 et s. ; 12 juin 1965 p. 2049 et s. . Et v. not. R. HOUIN et F. GORÉ, « La réforme des sociétés commerciales », *D.* 1967, chron. p. 121 et s., spéc. n°20 p. 128 ; Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *art. cit.*

¹⁰¹⁷ V. *Dict. Lamy sociétés commerciales, op. cit.*, n°2736 ; N. XUAN CHANH, « La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966 », *D.* 1968, chr., p. 27 ; rapp. B. LECOURT, *op. cit.*, n°378, p. 238.

¹⁰¹⁸ P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.* n° 378, p. 268 ; D. BASTIAN, « La réforme du droit des sociétés commerciales », *JCP* 1967. I. 2121.

¹⁰¹⁹ On gardera cependant à l'esprit que si le projet de loi de 1965 était porteur de cet équilibre rigoureux – chaque cause de nullité supprimée étant compensée par un contrôle préventif équivalent – c'est qu'il n'était alors question que de soustraire du domaine de la nullité les seules exigences tenant aux formalités de constitution et non les exigences substantielles telles celles relatives au contrat de société.

Or, un tel mécanisme en amont est assurément mieux adapté au contrôle de ces exigences formelles et s'avèrera certainement bien moins pertinent pour garantir le respect des éléments substantiels de la société (v. not. en ce sens F. GORÉ, *art. cit.*, spéc. n°28, p. 285, citant J. DELEAU : « les tribunaux ont déjà bien du mal de connaître la vérité quand ils se penchent sur la vie d'une société qui existe. Que fera un magistrat, sans débat contradictoire, en présence d'une société sans histoire, sans passé ? »).

Reste toutefois que si le contrôle *a priori* n'est peut-être pas le mode de contrôle le plus efficace à cet égard, il le sera toujours plus que l'absence pure et simple de contrôle. Certaines législations européennes dotent d'ailleurs le juge en charge du contrôle *a priori* de pouvoirs d'investigation sur la réalité et la sincérité de la situation qu'il doit apprécier et lui confient une mission qui dépasse largement le simple contrôle des formalités de constitutions (ainsi not. de l'Allemagne, v. F. GORÉ, *art. cit.* spéc. n°19, p. 280 ; v. également M. RIPERT et R. ROBLLOT par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.* n°1589, p. 77 ; L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés : étude de droit comparé : Angleterre, Espagne, France*, LGDJ 2003, préf. B. SAINTOURENS ; C. DUCOULOUX-FAVARD, *th. cit.* ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.* n° 376, p. 267 ; J. HONORAT, *art. cit.*, n°11 et s.).

¹⁰²⁰ Art. R. 123-95 du Code de commerce.

¹⁰²¹ V. Y. GUYON, *Droit des affaires, op. cit.* p. 153 ; G. RIPERT et R. ROBLLOT par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n°1581, p. 71 ; R. HOUIN et F. GORÉ, « La réforme des sociétés commerciales », *D.* 1967, chron. p. 121 et s., spéc. n°20, p. 128. Rapp. *supra* n°287.

¹⁰²² Rapp. B. LECOURT, *op. cit.*, n°380, p. 238. Et rapp. par ailleurs, à propos de l'impuissance et du caractère formel du contrôle du commissaire aux comptes, P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques, 1978, p.81 s., spéc. n°20, p. 91.

Ainsi, pour prendre un exemple déjà évoqué, il apparaît évident que le greffe chargé d'étudier la demande d'immatriculation ne saurait supporter la charge d'une recherche de la sincérité des apports¹⁰²³. Ce contrôle supposerait une appréciation des besoins de financement de l'activité projetée, ainsi qu'une appréciation de la corrélation entre ces besoins et la somme apportée¹⁰²⁴, ce qui dépasse manifestement ses attributions. Aussi le greffe ne saurait ici vérifier davantage qu'un respect formel de la lettre des textes¹⁰²⁵ et se satisfera vraisemblablement de l'indication d'un montant nominal d'apport. De sorte que si la procédure d'immatriculation permet vraisemblablement d'éviter la constitution de structures sans aucun apport, elle ne peut empêcher la constitution de sociétés ne respectant que symboliquement l'exigence d'apport.

365. Aussi, était-il clair dans l'esprit des concepteurs de la loi de 1966 que le contrôle réalisé par le greffe n'était qu'un filtre très grossier tandis que « le véritable contrôle [était] laissé à la diligence des intéressés et du Ministère public »¹⁰²⁶. Mais la directive européenne et l'interprétation qu'en donna la CJUE vinrent restreindre considérablement cette éventualité par les atteintes portées au contrôle *a posteriori*.

B. Le strict encadrement de l'action en nullité

366. Il résulte de ce qui précède que la nullité des structures sociales est donc perçue avec peu de bienveillance par le législateur et son évitement est partant recherché. Bien plus, et dans le même esprit, la voie de la restriction des causes de nullité n'a pas été le seul levier d'action de cette politique juridique : le régime même de l'action en nullité fut également façonné en vue de cette finalité de sorte que, pour reprendre l'image d'un

¹⁰²³ Rapp. *supra* n° 284 et s.

¹⁰²⁴ V. P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.* 7^{ème} éd., n°367, p. 263-2644 et n°377 p. 267-268 ; rapp. CA Douai, 2^e ch., 8 février 1996, *RJDA* 1996, n°1476.

¹⁰²⁵ V. Y. GUYON, *Droit des affaires*, Economica 11^{ème} éd. p. 153. À propos des différents degrés de contrôle envisageables (simple contrôle formel ou contrôle au fond de la constitution, v. M. MONEGER, *Le contrôle de la constitution de la société, facteur de sa viabilité initiale*, th. Paris, 1976, spéc. p. 407 et s.)

¹⁰²⁶ F. Le DOUAREC, rapport n°1886, p. 14, cité par D. BASTIAN, « La réforme des sociétés commerciales », *art. cit.*, n°160.

auteur, « sur la route qui mène à la nullité d'une société, le législateur a semé bien des obstacles »¹⁰²⁷.

Ces derniers s'incarnent en différentes mesures aujourd'hui bien connues, ce qui nous permettra de n'évoquer, d'un mot, que certaines d'entre elles¹⁰²⁸, l'essentiel étant de faire simplement observer qu'elles concourent encore à faire de la nullité une sanction fantomatique, avec les répercussions que l'on peut soupçonner sur les normes qu'elle avait vocation à garantir.

367. Régime de la prescription – Le régime de la prescription tout d'abord constitue un levier de restriction des occurrences de prononcé de nullité de SSPRL ; le délai de prescription d'une telle action est en effet depuis bien longtemps l'objet d'une réglementation spécifique à la matière qui n'a de cesse de le raccourcir, le faisant progressivement passer de dix¹⁰²⁹ à cinq¹⁰³⁰ puis à trois ans¹⁰³¹, alors même que le délai de prescription de droit commun était par comparaison encore de trente ans, voire de dix ans¹⁰³² pour les causes de nullité relative¹⁰³³.

Incidentement, remarquons qu'il est courant de faire observer, pour relativiser la portée de cette tendance à écourter le délai de prescription de l'action en nullité, que l'exception de nullité serait quant à elle perpétuelle¹⁰³⁴.

¹⁰²⁷ P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.* n° 390, p. 249.

¹⁰²⁸ V. not. pour un exposé, P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.* 7^{ème} éd., n° 391 et s., p. 275 et s. ; G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.* n° 1583 et s., p. 74 et s. ; J. HONORAT, *Répertoire société Dalloz art. cit.*, n° 146 et s.

¹⁰²⁹ Loi du 1^{er} août 1893 pour les sociétés par actions et loi du 7 mars 1925 pour les SARL.

¹⁰³⁰ Décr.-loi du 30 oct. 1935.

¹⁰³¹ Loi du 24 juill. 1966, art. 367.

¹⁰³² Ce n'est que par la loi du 3 janvier 1968 que le délai est réduit à cinq ans pour les nullités relatives de droit commun (v. J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 4, 22^{ème} éd., 2000, PUF, Thémis, n° 105, p. 206 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations*, 2^{ème} éd., Sirey 1988, n° 228, p. 234) ; l'uniformisation du régime avec les causes de nullité absolue intervenant avec la loi du 17 juin 2008.

¹⁰³³ On notera qu'en ce qui concerne les irrégularités ayant un caractère continu, il est généralement admis en doctrine que le jeu de la prescription triennale soit perturbé par le report de son point de départ ; on vise ici généralement l'illicéité de l'objet social (v. not. C. HANNOUN, « Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés », *Rev. Soc.* 1991, p. 45 et s., spéc. n° 11 ; H. RÜMEAUX-MAILLOT, « Les délais de prescription en droit des sociétés », *Rev. Soc.* 2012, p. 203, spéc. n° 39 ; J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Droit commercial*, 2^e éd., t. 1, 2^e vol., Dalloz, 1980, n° 457, p. 125). La position de la jurisprudence reste toutefois hésitante, v. par ex. Paris, 14 févr. 2006, n° 05/6331, *RJDA* 8-9/06, n° 908, *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 954, note J.-F. BARBIERI, *RTD com.* 2006, p. 428, obs. P. Le CANNU et comp. CA Paris, 3^e ch. A, 5 juill. 1988, *Bull. Joly* 1988, 674). La question semble cependant renouvelée en ce qui concerne cette dernière irrégularité compte tenu de l'acception qu'impose d'en retenir la jurisprudence Marleasing (v. *supra*) : si l'objet illicite ne s'apprécie qu'en fonction des écrits des statuts, on peut douter qu'il s'agisse encore d'une irrégularité continue.

¹⁰³⁴ V. par exemple G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 1586, p. 76.

Mais si cette réserve est certainement dotée d'une certaine portée en ce qui concerne la nullité des délibérations et des actes sociaux, on doutera de son application effective en matière de nullité des structures sociales qui nous occupent ici : il semble en effet fermement établi que cette limite traditionnelle au jeu de la prescription ne joue que tant que l'acte litigieux n'a pas été exécuté¹⁰³⁵. Or par hypothèse, le contrat de société, contrat organisation¹⁰³⁶, aura selon toute vraisemblance commencé à être exécuté au jour où une exception de nullité viendrait à être soulevée¹⁰³⁷.

368. Faveur à la régularisation – Le législateur a multiplié les moyens de faveur à la régularisation de la situation en vue de faire échapper la structure à une annulation. Ainsi, le prononcé de la nullité devient impossible chaque fois que la cause de nullité vient à disparaître avant que le juge ne statue¹⁰³⁸, il sera donc possible aux associés de réparer *in extremis* le vice affectant leur structure, même après l'acte introductif d'instance. Et pour accroître encore les chances de régularisation, il est fait obligation au juge de laisser courir un certain délai avant de statuer sur une demande de nullité ; plus encore, le juge a même la possibilité d'accorder, d'office le cas échéant, un délai pour couvrir la nullité¹⁰³⁹.

Or, cette prime à la survie qu'est la possibilité de « réparer » l'acte invalide est un mécanisme original qui ne se confond pas avec la faculté de confirmation du régime de droit commun des nullités relatives. En ce dernier cas en effet, l'opération s'analyse en une « renonciation d'un contractant à son droit d'invoquer la nullité de l'acte »¹⁰⁴⁰ et seule l'action en nullité du confirmant vient donc à s'éteindre par la

¹⁰³⁵ Art. 1185 du Code civil et auparavant, v. par exemple Cass. civ. 1, 1^{er} déc. 1998, n°96-17761, *Bull. civ.* I, n° 338, *RTD civ.* 1999, p. 621, obs. J. MESTRE ; Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2012, n° 10-25.558, *RTD civ.* 2012, p. 526, obs. B. FAGES.

¹⁰³⁶ P. DIDIER, « Le consentement avec l'échange : le contrat de société », *RJ com.*, novembre 1995, numéro spécial *L'échange des consentements*, p. 75 et s. ; « Brèves notes sur le contrat organisation », *Mél. F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur, 1999, p. 635 et s.

¹⁰³⁷ Aussi, à notre connaissance, cette limite tenant à la perpétuité de l'exception de nullité n'a encore été utilisée en jurisprudence qu'à propos de litiges relatifs à des nullités de délibérations et d'actes sociaux, v. Cass. com. 20 nov. 1990, *Rev. société* 1991, 521, note M. PARIENTE, *JCP E* 1991, II, 195, note J.-P. LEGROS ; Cass. civ. 3, 25 mars 1998, *Bull. civ.* III, n°74, p. 48 ; et plus généralement sur ces questions v. C. HANNOUN, « Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés », *art. cit.*.

¹⁰³⁸ Art. L 235-3 du Code de commerce ; le texte exclut cependant de son champ d'application l'hypothèse où la nullité serait fondée sur l'illicéité de l'objet social (et l'on sait quelle portée il faut donner à cette cause de nullité depuis l'arrêt *Marleasing*, v. *supra*).

¹⁰³⁹ Art. 1844-13 *C. civ* et L. 235-4 *C. com* ; v. not. Y. GUYON, *Droit des affaires, op. cit.*, n°156, p. 158.

¹⁰⁴⁰ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, t.2, 5^{ème} éd., n°730, p. 572 ; cette analyse figure d'ailleurs expressément au nouvel article 1182 qui définit la confirmation comme « l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce » ; v. G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, LGDJ 1972, préf. J. FLOUR.

voie, somme toute assez classique, d'une renonciation à un droit d'action ; l'acte restant quant à lui affecté du vice qui le grève depuis l'origine.

La différence n'est évidemment pas qu'intellectuelle : dans l'hypothèse où existerait une pluralité de titulaires d'actions en annulation par exemple, l'acte ayant fait l'objet d'une confirmation par l'un d'eux restera en bonne logique assujetti à la menace d'une annulation¹⁰⁴¹. Rien de tel en ce qui concerne la régularisation de la société : le mécanisme tendant bel et bien ici à « guérir » l'acte vicié, il confère la certitude de soustraire la structure au risque de nullité. La logique à l'œuvre n'est d'ailleurs pas dépourvue d'originalité – rendant inattaquable *a posteriori* un acte invalide depuis sa création¹⁰⁴² – et témoigne sans hésitation de cette politique législative de faveur à la survie des structures personnifiées.

369. Délai de forclusion et organisation de la disparition de l'intérêt à agir –

Ensuite, on sait que les articles 1844-12 du Code civil et L 235-6 du Code de commerce ouvrent la possibilité à toute personne y ayant intérêt de mettre en demeure celui qui aurait la possibilité d'attaquer en nullité la société pour un motif tiré de l'incapacité ou d'un vice du consentement, d'exercer son action dans un délai de six mois à peine de forclusion.

L'alinéa second de ces textes prévoit aussi la possibilité pour la société ou un associé de proposer au tribunal saisi « toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur, notamment par le rachat de ses droits sociaux. En ce cas, le tribunal peut, soit prononcer la nullité, soit rendre obligatoires les mesures proposées, si celles-ci ont été préalablement adoptées par la société aux conditions prévues pour les modifications statutaires »¹⁰⁴³.

370. Intérêt à agir – Enfin, il est courant d'observer que s'ajoute à ces diverses contraintes une tendance jurisprudentielle à apprécier de manière très restrictive l'intérêt à agir de ceux qui intentent une action en nullité¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴¹ Puisque « si l'action en nullité relative à plusieurs titulaires, la renonciation de l'un n'empêche pas les autres d'agir » M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, t. 2, 5^{ème} éd., n°732, p. 574.

¹⁰⁴² Mais la particularité du phénomène doit en réalité beaucoup au fait que la nullité des sociétés n'est pas rétroactive : quand bien même une structure serait annulée, cela ne remettrait pas en cause son existence passée ; aussi ce qui est passé est, en tout état de cause inattaquable. V. plus généralement sur le mécanisme de régularisation, C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, préf. P. HEBRAUD, LGDJ 1973.

¹⁰⁴³ V. J. HONORAT, *Répertoire société* Dalloz *art. cit.*, n°156 et s.

¹⁰⁴⁴ V. S. SCHILLER, « La fraude, nécessaire *deus ex machina* face à l'évolution du droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2014, p. 211 et s., spéc. n°21. V. plus généralement sur cette question,

371. Ainsi donc, si d'aventure une SSPRL venait à contrevenir à l'une des quelques rares normes encore sanctionnées de nullité, on voit que le régime qui gouverne l'action qui tend à son prononcé est lui-même construit de manière à éviter ce résultat. Aussi, la conjonction de la réduction des causes de nullité et d'un régime d'action très contraignant tend assurément à faire de celle-ci une hypothèse rarissime. Mais encore, à supposer qu'un événement vienne à déclencher le prononcé d'une nullité, les effets de celle-ci sont aménagés de manière à ce qu'ils ne permettent pas l'anéantissement qu'accompagne normalement une telle sanction : la reconnaissance d'un défaut de validité d'une SSPRL n'atteindra en rien son fonctionnement antérieur et l'ordre juridique reconnaîtra ainsi l'existence et l'effectivité des effets produits par une structure ne respectant pas les exigences posées pour son existence.

§2. L'atténuation des effets de la nullité

372. Les inconvénients majeurs de la rétroactivité – Si la nullité des structures personnifiées est généralement autant redoutée, cela tient essentiellement au caractère rétroactif généralement attaché à cette sanction. Car s'il est vrai que l'anéantissement rétroactif d'un acte présente toujours pour inconvénient de trahir les prévisions individuelles qu'il a pu fonder, cet inconvénient sera ici particulièrement marqué, l'annulation de la structure – et donc de sa personnalité juridique – devant en bonne logique entraîner la remise en cause de l'ensemble des actes, des dettes et des droits qui lui furent imputés, solution aux conséquences assurément désastreuses¹⁰⁴⁵. Le retentissement de la nullité des actes constitutifs de structures personnifiées est en effet sans égal ; son onde de choc pouvant être colossale, on comprend les réticences que la perspective de son prononcé suscite. De plus, le fait que ces nullités en cascade affectent essentiellement

P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.* n°395, p. 277 ; C. HANNOUN, « L'action en nullité et le droit en société », *RTD com.* 1993, p. 227 et s.

¹⁰⁴⁵ J. HEMARD, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait : étude de jurisprudence et de droit comparé*, Sirey 1912, n°3, p. 5 ; J. PIEDELIÈVRE, *Des effets produits par*

les intérêts de tiers à l'acte initialement vicié – cocontractants et créanciers de la personne morale – incite encore davantage à leur évitement.

373. Cela étant dit, la rétroactivité semble pourtant essentielle au principe de nullité : commandée tant par la logique du système juridique que par un impératif d'effectivité des normes dont la nullité constitue la sanction (A). Cette importance n'a toutefois pas été jugée suffisante à empêcher la mise à l'écart de la rétroactivité en matière de sociétés (B).

A. Le caractère essentiel de la rétroactivité

374. Le caractère rétroactif de la nullité doit son importance capitale à des considérations tenant d'une part à l'architecture logique du système juridique (1) et d'autre part à l'impératif d'effectivité des normes (2).

1. La rétroactivité de la nullité conséquence logique du défaut de validité ab initio de l'acte

375. Tout d'abord la rétroactivité apparaît comme l'un des aspects naturels ou « mécaniques »¹⁰⁴⁶ de la nullité, commandée par une application logique des principes les plus essentiels à la charpente de tout système juridique.

Il ne nous semble en effet n'exister nulle « fiction » dans ce phénomène que l'on désigne par la rétroactivité de la nullité¹⁰⁴⁷ contrairement à ce que véhicule une

les actes nuls, Arthur Rousseau 1911, p. 227 ; B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », art. cit., spéc. n°44 p. 473-474.

¹⁰⁴⁶ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat : l'objet et la cause, les nullités*, 4^{ème} éd., LGDJ, 2013, n°2711, p. 1395 ; ces auteurs poursuivent en affirmant (p. 1396) que la doctrine « présente habituellement la rétroactivité de la nullité comme constituant son effet de principe, sa conséquence première dont toutes les autres se déduisent ».

¹⁰⁴⁷ Rappr. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Les fictions en droit privé », *A. P. D.*, tome XX, 1975, p. 273 et s., spéc. p. 283, n°15 : « Si l'on définit l'annulation d'un acte juridique comme la sanction de l'inobservation d'une condition requise pour sa validité, il en résultera l'inexistence juridique de l'acte nul. La rétroactivité de l'anéantissement au jour de la formation de l'acte constitue, dès lors, un effet parfaitement logique de la nullité. Ce serait, au contraire, le maintien des effets passés d'un acte nul qui constituerait une altération des conséquences normales de l'annulation, une fiction par conséquent ». v. également en ce sens, R. HOUÏN, « Rapport sur le problème des fictions en droit civil », *Travaux de l'association Henri Capitant*, III, 1947, tome III, p. 242 et s., spéc. p. 248 ; E. AGOSTINI, note sous Cass. soc. 3 oct. 1980, *D.* 1982, p. 68 et s., spéc. p. 69 ; G. WICKER, *Les*

conception répandue¹⁰⁴⁸ car il ne s'agit aucunement, par le prononcé de la nullité, d'« effacer les effets de l'acte »¹⁰⁴⁹ grâce à une quelconque « machine à remonter le temps »¹⁰⁵⁰ ainsi que certains le prétendent, pour la simple raison que les effets juridiques escomptés ne se sont simplement pas produits¹⁰⁵¹ : seule une croyance – mal fondée – en l'existence de ces effets étant éventuellement née.

En effet, les « effets juridiques » qu'est susceptible de produire un acte juridique – le transfert de la propriété d'un bien par exemple, la création ou la cession d'une créance, ou encore la naissance d'une personnalité juridique – ne sont que de pures abstractions intellectuelles gouvernées à ce titre par la seule logique¹⁰⁵². Or, dans le cadre du raisonnement logique dont ils sont susceptibles de procéder, la production des effets de droit en question est subordonnée à la réunion des conditions que l'ordre juridique pose, réunion qui ne s'est par hypothèse pas réalisée lorsque l'acte s'avère nul.

Aussi, logiquement, un acte nul ne peut avoir fait naître antérieurement au jugement constatant la nullité, les effets de droit escomptés ; et la proposition qui prétend que

fictions juridiques, *op. cit.* n° 297 et s. ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, réédition Dalloz 2004, p. 161.

¹⁰⁴⁸ V. not. J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *op. cit.* n°2712, p. 1397 ; Y. PICOD, *Rep. civ. Dalloz*, v° « Nullité », n°83 ; J. AUBIN, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, th. Bordeaux 1897, p. 165 ; P. ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, th. Paris, 1911, p. 304. V. sur cette question C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *op. cit.* not. n°731 et s. p. 422 et s., spéc. n°738 p. 425 ; R. JAMBU-MERLIN, « Essai sur la rétroactivité des actes juridiques », *RTD civ.* 1948, p. 271 et s. ; spéc. n°11. p. 278.

¹⁰⁴⁹ Recourant à cette idée par exemple Y. PICOD, *Rep. civ. Dalloz*, v° « Nullité », n°82 ; encore L. AYNÈS, « Rapport introductif » des actes du colloque du 22 octobre 2007 intitulé « L'anéantissement rétroactif du contrat », *RDC* 2008, p.9 et s.

¹⁰⁵⁰ J. MOURY, note sous Cass. com. 29 mars 1994, *D.* 1995, p. 520.

¹⁰⁵¹ Le phénomène est différent dans l'hypothèse d'édition d'une loi nouvelle dotée d'un effet rétroactif et ayant vocation à régir les actes déjà passés. En ce cas, les effets juridiques produits par l'acte passé – valide sous l'empire de la loi ancienne – auraient vocation à être défaits par application de la loi nouvelle « pour le passé », ce qui, dans une plus grande mesure mérite que l'on parle de fiction. Mais la situation est différente dans l'hypothèse qui nous occupe on le comprend évidemment puisque l'acte ne répond pas *ab initio* aux conditions posées par la loi, il n'a donc jamais pu produire d'effet.

¹⁰⁵² Il nous paraît dès lors hautement erroné de prétendre tirer argument d'une quelconque existence matérielle des effets de l'acte, antérieure au prononcé de sa nullité – ainsi que cela est parfois prétendu – dès lors que les conditions logiques à leur existence ne furent jamais réunies. L'erreur est commune, v. par exemple J. PIEDELIÈVRE, *op. cit.* p. 227 ; rapp. également L. AYNÈS, *rapp. cité.*, spéc. n°2 p. 9, qui fait remarquer à propos de l'adage « *ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé* » : « Voici donc une démarche juridique qui n'épouse pas la réalité. Où nous voyons poindre la fiction : une institution juridique destinée forger la réalité matérielle, afin d'organiser le présent d'une manière conforme aux exigences juridiques ; mais pas à l'histoire. Le juriste peut-il sans dommage quitter la réalité matérielle, s'inventer une histoire, contraindre la réalité matérielle à s'y conformer ? ». V. enfin plus généralement sur ces questions, G. MERCIER *La rétroactivité (Essai d'une théorie générale)*, th. Paris 1, 2003, dir. Th. REVET.

la nullité rétroactive vise à leur effacement – et d'où se déduirait l'idée qu'existe une fiction dans ce phénomène – doit donc être rejetée.

Seules peuvent être advenues, antérieurement à ce jugement, des prévisions individuelles et des comportements humains réalisés sur la base de la croyance erronées en la validité de l'acte (le paiement du prix de la vente nulle par exemple, la mise en possession de celui que l'on a cru acheteur, la jouissance du bien par celui-ci ou encore les différents actes d'administration ou de disposition qu'il est venu à passer dans la croyance erronée d'un droit de propriété, etc.).

Aussi, le jugement prononçant la nullité ne vise nullement à effacer ni ces croyances (le juge étant dépourvu de pouvoirs magiques), ni les effets de l'acte (ceux-ci n'ayant pu en bonne logique être déclenchés), mais seulement à éclairer sous un angle neuf les comportements passés et fondés sur la croyance erronée en la validité de l'acte¹⁰⁵³, ainsi que, le cas échéant, à édicter des commandements d'agir de manière à défaire ce qui fut fait sur la base de ces croyances erronées (comme la restitution du prix de la vente nulle qui s'avère avoir été indument perçu).

Nulle fiction ici non plus car le juge se borne alors à édicter un commandement d'agir pour le futur (la restitution du prix de la vente), en considération de comportements passés (le paiement indu du prix) et il n'y a alors aucune originalité structurelle dans le mécanisme de restitution consécutive à une nullité qui n'est rien d'autre qu'un commandement de restituer, consécutif à une mise en possession indu¹⁰⁵⁴.

376. Ainsi, si ce que vise le caractère rétroactif de la nullité n'est rien de plus que le fait de devoir considérer l'acte litigieux comme étant nul depuis toujours – et non pas seulement depuis le jugement qui le constate – ce dont il découle que l'acte n'a jamais pu produire d'effet, il ne nous semble y avoir dans un tel phénomène nulle trace d'une quelconque fiction. Ce mécanisme nous paraît au contraire bel et bien frappé du sceau de l'évidence et procéder de l'application d'une logique élémentaire, car la situation considérée n'ayant jamais rempli les critères requis par l'ordre juridique pour le

¹⁰⁵³ Rappr C. GUELFUCCI- THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ 1992, préf. J. GHESTIN, n°657, p. 381 : « En supprimant les effets juridiques de l'acte, la nullité prive l'accomplissement des prestations contractuelles, les faits d'exécution, de leur soutien juridique. Ayant perdu leur raison d'être, ils doivent être supprimés afin de faire coïncider la situation de fait avec la nouvelle situation de droit découlant du prononcé de la nullité. ». V. encore J. CARBONNIER *Droit civil, les obligations*, t. 4, 22^{ème} éd., *op. cit.* n°110 p. 214 qui observe que « la rétroactivité (...) prive de cause les prestations qui ont déjà pu être exécutées ».

¹⁰⁵⁴ V. peut être plus nuancée, C. GUELFUCCI- THIBIERGE, n°637 et s., p. 369 et s.

déclenchement des effets recherchés, il paraît naturel que les effets en question soient considérés comme n'ayant jamais existés¹⁰⁵⁵.

377. Aussi, au rebours de ce que sous-entend cette conception courante qui voit dans la nullité rétroactive une sorte de fiction extraordinaire, ce phénomène est bien au contraire commandé par les principes logiques et structurels de tout système juridique¹⁰⁵⁶.

Et c'est donc à cette logique primaire que le régime de nullité des SSPRL déroge en excluant la rétroactivité.

2. Le caractère rétroactif de la nullité, biais d'effectivité des normes

378. S'il nous est apparu que le caractère rétroactif de la nullité relève de la logique primaire de l'architecture du système juridique, cet aspect paraît également commandé par un impératif d'effectivité des normes.

En effet, le caractère rétroactif de la nullité joue un rôle capital dans l'effectivité des conditions auxquelles le législateur entend subordonner le déclenchement des effets de droit attachés à l'acte considéré, dans la mesure où c'est grâce à la rétroactivité de la nullité que l'ordre juridique s'assure qu'un acte imparfait sera privé de toute efficacité ; ce, avant comme après le prononcé de la nullité par le juge¹⁰⁵⁷. Admettre au contraire que la nullité ne produise effet qu'à compter du jugement qui la prononce revient à accepter qu'un acte qui ne remplit pourtant pas les conditions posées pour sa validité puisse néanmoins produire les effets recherchés durant le temps séparant sa

¹⁰⁵⁵ Rappr. R. HOUIN, *rapp. précit.* ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *art. cit.* ; L. LEVENEUR, *op. cit.* n°220 p. 259.

¹⁰⁵⁶ On l'aura compris, la description que l'on fait ici du phénomène de la nullité vient au rebours de la conception dominante proposée par R. JAPIOT qui voit la nullité essentiellement comme un « droit de critique », et selon laquelle « la nullité de l'acte ne s'apparente pas à un état de l'acte mais simplement à un vice qui permettrait d'en obtenir l'annulation » (F. GUELFUCCI-THIBIERGE, *op. cit.* n°386.I. p. 2321). Selon cette conception ainsi, il convient de distinguer l'acte nul de l'acte inexistant, et dans cette perspective, « tant que la nullité n'en est pas prononcée, l'acte demeure valable. Il est seulement entaché d'une cause de nullité » (F. GUELFUCCI-THIBIERGE, *op. cit.* n°386.I. p. 2321). V. généralement R. JAPIOT, *th. cit.* spéc. p. 285 et s. ; V. également en ce sens. R. JAMBU-MERLIN, *art. précité* ou encore H. KELSEN, *Théorie pure, op. cit.* p. 367 et s.

¹⁰⁵⁷ Rappr. E. AGOSTINI, note sous Cass. soc. 3 oct. 1980, *D.* 1982, p. 68 et s., spéc. p. 69 ; v. également E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, réédition Dalloz 2004, p. 161. Rappr. encore X. LAGARDE, « Retour sur les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », *JCP G* 2012, 504, spéc. n°4 : « Une nullité sans rétroactivité est une nullité sans effectivité ».

constitution imparfaite du prononcé de sa nullité. Et l'on se trouve alors dans cette situation paradoxale où la loi vient à donner effet « à un acte qu'elle réproouve »¹⁰⁵⁸.

Si cette dernière solution est parfois retenue en droit positif, essentiellement par souci de sécurité juridique, un tel choix est nécessairement fait au prix d'une diminution de l'effectivité des dispositions organisant les conditions de validité de l'acte, impliquant partant le sacrifice corrélatif de l'objectif législatif au fondement de l'édiction de ces conditions¹⁰⁵⁹.

Ainsi, lorsque par exemple le droit français admet qu'en dépit de la prohibition de la polygamie, un second mariage bigame aura produit effet durant le temps courant de sa conclusion jusqu'au prononcé de sa nullité par application de la théorie du mariage putatif¹⁰⁶⁰, il sera fait le choix de sacrifier à l'impératif de sécurité juridique et de protection de l'intérêt de l'enfant¹⁰⁶¹ l'exigence de monogamie du droit français et les différents impératifs politiques que cette exigence sert.

B. Le choix d'exclure la rétroactivité de la nullité des structures sociales personnifiées

379. Le caractère dévastateur de la rétroactivité en la matière – C'est donc à ce type d'arbitrage que se résout notre droit positif en matière de nullité de structures sociales personnifiées. En la matière, le caractère rétroactif de la nullité est unanimement et de longue date perçu comme particulièrement « dévastateur »¹⁰⁶².

380. L'incommode nullité rétroactive d'un contrat organisation – Déjà, les inconvénients de la rétroactivité de la nullité étaient-ils perçus dans le cadre restreint des rapports entre parties à un contrat de société non personnifiée, au point que les tribunaux ont très tôt estimé nécessaire de prendre l'initiative d'en écarter l'application en l'absence

¹⁰⁵⁸ G. BAUDRY-LACANTERIE, L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XIV, *Les obligations*, Vol. 3, n°61, cité par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *op. cit.* n°2173, p 1399.

¹⁰⁵⁹ V. E. AGOSTINI *note citée*, spéc. p. 69 : « si ces effets ne remontaient pas à la date de la conclusion, on violerait les buts, poursuivis par la loi et visés par le demandeur ».

¹⁰⁶⁰ Art. 201 du Code civil, v. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, 6^{ème} éd., LGDJ 2018, n° 267, p. 179.

¹⁰⁶¹ V. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Les fictions ... », *art. cit.*, spéc. n°15.

¹⁰⁶² L'expression est de M. le professeur A. BÉNABENT (*Les obligations*, 18^{ème} éd., LGDJ, 2019, n°230, p. 204).

même de disposition légale en ce sens¹⁰⁶³. La société est en effet un contrat organisation¹⁰⁶⁴ dont l'exécution a vocation à s'échelonner dans le temps et la croyance en un contrat de société valable aura pu dicter un nombre considérable de comportements et d'actes juridiques dont la remise en cause serait gravement inopportune¹⁰⁶⁵.

Dans ce cadre strictement contractuel donc, la solution pourrait s'expliquer par le principe traditionnellement enseigné d'exclusion du caractère rétroactif de la nullité en matière de contrat à exécution successive ou continue¹⁰⁶⁶, bien qu'il faille reconnaître que les critiques dont il fait aujourd'hui l'objet conduisent à douter quelque peu de sa force explicative¹⁰⁶⁷.

381. L'« odieuse » nullité rétroactive des personnes morales – Mais c'est surtout dans les hypothèses de sociétés personnifiées que l'application stricte du régime des nullités révélerait son caractère « odieux »¹⁰⁶⁸. La structure devant être réputée alors n'avoir jamais été pourvue de personnalité juridique, tous les actes passés en son nom devraient être considérés comme ayant « été accomplis au nom d'un mandant inexistant si

¹⁰⁶³ V. ainsi déjà Cass. Req. 2 juillet 1817, S. 1815-1818, p. 341 ; v. J.-P. LEGROS, v° « Nullité des sociétés – présentation générale » *J. class. Sociétés traité*, fasc. 32-10, n°3.

¹⁰⁶⁴ P. DIDIER, « Le consentement avec l'échange : le contrat de société », *RJ com.*, novembre 1995, numéro spécial *L'échange des consentements*, p. 75 et s. ; « Brèves notes sur le contrat organisation », *Mél. F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur, 1999, p. 635 et s.

¹⁰⁶⁵ À propos des difficultés que soulèverait l'application de l'annulation rétroactive en matière de sociétés non personnifiées, v. not. L. LEVENEUR, *op. cit.* n°222, p. 260. Et rapp. encore R. TROPLONG, *Du contrat de société civile et commerciale*, 1843, t. 1, n°249 p. 238 (cité par J. HEMARD, *op. cit.* n°4 p. 10), pour qui soutenir « qu'il ne doit y avoir même pour le passé communauté de pertes et de gain » revient à faire des sociétés nulles « une espèce d'état sauvage où il n'y a ni droit ni protection ».

¹⁰⁶⁶ V. par exemple J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 4, Les obligations*, 22^{ème} éd., PUF 2000, n°106, p. 107 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 321 ; MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 303 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 332. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 366 ; Y. PICOD, *Rep. Dalloz, art. cit.*, n°87 ; Mais ce principe fait aujourd'hui l'objet de critiques convaincantes : v. note *infra*, et plus généralement, v. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *op. cit.* n°2729 et s., p. 1417 et s. et les références citées.

¹⁰⁶⁷ V. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *op. cit.* n°732 et s., p. 422 et s. ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *op. cit.* n°2732 p. 1421 et déjà G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. II, *Obligations et droits réels*, *op. cit.* n°754. Pour certains auteurs en effet, l'exclusion de la rétroactivité ne tient pas tant à la nature du contrat qu'à la nature de l'obligation en cause; ce n'est pas parce que le contrat est à exécution successive que la rétroactivité est écartée mais parce que l'une des obligations anéanties est une obligation de faire (C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *ibid*) ou encore parce qu'il s'agit d'une « prestation immatérielle » (J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *ibid.* ; B. PETIT et M. PICQ, note sous Cass. soc. 7 nov. 1995, *JCP* 1996, II, 22626). Aujourd'hui en tout cas, la Cour de cassation semble avoir été sensible à ces thèses et sa jurisprudence s'oriente vers un désaveu de la conception traditionnelle (v. par exemple, prononçant la nullité rétroactive d'un contrat de bail en dépit pourtant du caractère successif de son exécution : Cass. civ. 3^{ème}, 13 juin 2001, n° 99-18.676 et 99-20.019, *CCC* 2001, Comm. 155, obs. L. LEVENEUR ; et Y. PICOD, *Encyclopédie civ. Dalloz, art. cit.* n°88).

¹⁰⁶⁸ V. J. HEMARD, *op. cit.*, n°3, p. 6, citant H. SOLON, *Théorie sur la nullité des conventions et des actes de tous genres en matière civile*, 1835, Introduction p. VI.

bien que personne ne serait engagé envers personne »¹⁰⁶⁹. Outre les vigoureuses atteintes à la sécurité juridique qu'une telle solution impliquerait, il semble de toute manière illusoire de prétendre parvenir à rétablir le *statu quo ante* dès lors que la structure aura fonctionné quelques temps ; la somme d'actes et de comportements découlant de l'acte vicié formera trop souvent un écheveau indémêlable¹⁰⁷⁰. L'entreprise paraît d'ailleurs si hasardeuse qu'il semble préférable de s'abstenir de toute tentative en ce sens car une restitution partielle et déséquilibrée serait potentiellement source de davantage d'injustice que n'en aurait créé le fonctionnement de l'acte imparfait¹⁰⁷¹. De plus, on ne saurait être totalement insensible au fait que les victimes de l'insécurité juridique qui découlerait de cette sorte d'anéantissement se compteraient essentiellement parmi les divers contractants de la structure annulée, autrement dit, parmi les tiers à l'acte vicié¹⁰⁷².

382. Un principe très tôt écarté – Aussi, dès le XIX^{ème} siècle la jurisprudence s'est-elle refusée à instaurer ce qui est perçu comme l'état « d'anarchie »¹⁰⁷³, l'état « sauvage où il n'y a ni droit ni protection »¹⁰⁷⁴, qu'aurait déclenché l'application du régime de nullité de droit commun grâce à l'utilisation de la théorie des sociétés de fait¹⁰⁷⁵, dont le champ d'application connaissait toutefois quelques limites¹⁰⁷⁶. Par les réformes du 24 juillet 1966

¹⁰⁶⁹ L. LEVENEUR, *op. cit.*, n°223, p. 260 ; J. HEMARD, *op. cit.*, n°3, p. 5. Une autre conception tend à considérer qu'en cette hypothèse, les associés seraient tenus en lieu et place de la personne morale disparue.

¹⁰⁷⁰ V. L. LEVENEUR, *op. cit.*, n°223, p. 261 : « ce serait une pure vue de l'esprit d'imaginer que par un phénomène d'anéantissements en cascade et de restitutions consécutives on parviendrait à remettre dans leur situation antérieure aussi bien les associés que tous les tiers avec lesquels la société est entrée en relations » ; rapp. J. PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, p. 228.

¹⁰⁷¹ Rapp. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *op. cit.* n°2739, p. 1427-1428 ; L. LEVENEUR, *op. cit.* n°223-224, p. 260 et s.

¹⁰⁷² Pour remédier à cela, la jurisprudence antérieure à la réforme de 1966, fondée sur la théorie des sociétés de fait, laissait aux tiers le choix de se prévaloir ou non de la nullité rétroactive, v. L. LEVENEUR, *op. cit.* n°210, p. 249 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *op. cit.* n°2738, p. 1427.

Et plus généralement à propos de l'effet de la rétroactivité de la nullité sur les intérêts des tiers et les problèmes soulevés par une telle répercussion, v. P. ANCEL, « La rétroactivité et la sécurité des tiers », *RDC* 2008, p. 35 et s., spéc. n°5, p. 39 et H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, 9^{ème} éd. Montchrestien, 1998, n°335 p.327.

¹⁰⁷³ J. HEMARD, *op. cit.* n°3, p.6.

¹⁰⁷⁴ H. TROPLONG, *Du contrat de société civile et commerciale*, *op. cit.* t. 1, n°249 p. 238.

¹⁰⁷⁵ Sur celle-ci, v. not. J. PIEDELIÈVRE, *op. cit.* p. 216 ; L. LEVENEUR, *op. cit.* n°194 et s., p. 230 et s.

¹⁰⁷⁶ Tous les vices n'étaient vraisemblablement pas couverts par cette théorie. Doctrine et jurisprudence semblaient hésitants, on peut dire en tout cas que seuls les vices du consentement ainsi que le défaut de publicité étaient unanimement considérés comme déclenchant l'application de la théorie des sociétés de fait ; v. not. G. RIVES, « Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales », *RTD com.* 1969, p. 407 et s. ; v. également H. TEMPLE, *Les sociétés de fait*, préf. J. CALAIS-AULOY, LGDJ 1975.

et du 4 janvier 1978¹⁰⁷⁷, le législateur vint ultérieurement consacrer et généraliser cette exception au principe de rétroactivité des nullités.

383. Portée contemporaine du défaut de rétroactivité de la nullité – Aujourd'hui, l'exclusion de la rétroactivité en matière de nullité des SSPRL trouve un très fort ancrage en droit positif.

On remarquera ainsi d'une part que, nullement contesté en doctrine, le principe a acquis une valeur supra-législative depuis sa consécration par le droit européen¹⁰⁷⁸. Sa portée se trouve d'autre part dotée d'une vigueur inédite dans la mesure où il est admis que l'acte social nul régira non seulement le passé mais encore l'avenir, l'article L 235-10 du Code de commerce prévoyant que la liquidation consécutive à la nullité se fasse par application des statuts pourtant nuls !

Concernant son champ d'application enfin, on remarque qu'aucune cause de nullité ne lui échappe, la jurisprudence s'étant – après une période d'hésitation¹⁰⁷⁹ – ralliée à l'idée que même la fictivité de la société devait être sanctionnée par la nullité non rétroactive¹⁰⁸⁰, et il semble devoir en aller de même en cas de défaut total de réalisation des formalités de publicité¹⁰⁸¹.

384. Conclusion du paragraphe – En tout état de cause, aussi impérieuses que puissent être les raisons qui commandent d'écarter la rétroactivité des nullités de structures

¹⁰⁷⁷ V. aujourd'hui les articles L235-10 du Code de commerce et 1844-15 du Code civil.

¹⁰⁷⁸ Le principe consacré par la directive de 1968 figure aujourd'hui à l'article 12 de la directive 2017/1132 du 14 juin 2017).

¹⁰⁷⁹ V. J. LEGROS, *J. Class fasc. précité* n°32-10, n°120 et s.; C. CUTAJAR-RIVIÈRE, *op. cit.*, n°384 et s. p. 351 et s.

¹⁰⁸⁰ V. Cass. com., 22 juin 1999 (*Bull. civ. IV*, n° 136 ; *Bull. Joly* 1999, § 229, p. 978, note A. COURET ; *D. affaires* 1999, p. 1336, obs. M.B. ; *Dr. sociétés* 1999, comm. n° 143, obs. Th. BONNEAU ; *RTD com.* 1999, p. 903, obs. Y. REINHARD ; *Déf.*, 1999, art. 37061, p. 1195, n° 11, note H. HOVASSE ; *Rev. sociétés* 1999, p. 824, obs. A. CONSTANTIN ; *JCP E* 2000, n° 5, p. 181, note C. CUTAJAR ; *JCP G* 2000, II, 10266, note M. MENJUCQ) et *infra* n°400 et s.

¹⁰⁸¹ CJCE 20 sept. 1990, *RTD com.* 1990, p. 390 et s., spéc. p. 405 et s., obs. C. CHAMPAUD : l'inobservation des formalités de publicité n'est pas une cause d'inexistence mais de nullité non rétroactive.

V. cependant J. HONORAT, *Rep. Civ. Dalloz.*, art. cit., n°205, selon qui la contrariété à l'ordre public justifierait de recourir à la rétroactivité « car une convention présentant ce caractère ne saurait, même temporairement, être assortie d'effets ». En matière de SSPRL tout au moins, on accueillera cette conception avec réserve dans la mesure où la contrariété à l'ordre public n'est plus une cause de nullité de la structure dès lors qu'elle ne figure pas aux statuts (l'illicéité de l'objet réel ne permettant plus à lui seul l'annulation des SSPRL depuis la jurisprudence Marleasing). Contrairement à ce que semble penser l'auteur, il est donc aujourd'hui tout à fait admis qu'une structure poursuivant un objet illicite produise ses effets puisqu'il est même parfois impossible d'en obtenir la nullité. D'ailleurs v. Cass. com. 11 juil. 2006 (*Bull. civ. IV*, n°180 ; *JCP G* 2006, I, 176 obs. Y.-M. SERINET) qui semble rejeter expressément cette conception.

sociales personnifiées, il reste qu'une telle solution constitue nécessairement une atteinte à l'effectivité des règles définissant les conditions d'accès à ce régime.

L'atteinte vigoureuse portée à l'effectivité de la sanction de nullité se répercute en effet logiquement sur l'effectivité des règles que cette mesure garantit.

L'amputation de la rétroactivité des nullités apparaît donc comme l'un des facteurs du défaut d'effectivité de l'exigence de société en SSPRL et œuvre ainsi en un certain sens à la déconnection d'avec le droit positif effectif, de cette représentation commune et traditionnelle qui pense le champ d'application des SSPRL effectivement borné par la notion de société.

385. Conclusion de sous-section – Il apparaît ainsi que la nullité des SSPRL, sanction naturelle des conditions d'application de ce régime, tend à devenir fantomatique, ce dont on est enclin à déduire la perte d'effectivité des conditions que cette sanction est supposée garantir, essentiellement de l'exigence de société qui apparaît comme son unique condition de fond. En effet, si l'on veut bien souscrire à l'analyse présentée de la jurisprudence *Marleasing*, la nullité des SSPRL ne semble plus pouvoir être retenue par les tribunaux que dans quelques hypothèses extraordinaires limitativement énumérées et parmi lesquelles ne figurent pas les exigences principales du contrat de société. En tout état de cause, la nullité n'étant pas rétroactive, son prononcé – que le système juridique cherche par différents moyens à entraver – ne saurait empêcher le fonctionnement de structures ne reposant sur aucun contrat de société et partant, que soit octroyé le bénéfice de limitation de responsabilité hors du cadre d'une société à proprement parler.

Il est vrai cependant que si la nullité rétroactive joue en principe le rôle de gardien naturel et essentiel des conditions de validité d'un acte juridique, d'autres mesures peuvent à la marge également concourir à cette fin. En matière de SSPRL, certains mécanismes peuvent être envisagés sous ce prisme. Il conviendra donc de passer ces sanctions subsidiaires en revue afin de déterminer si elles sont susceptibles de pallier la neutralisation de la vigueur de la nullité que réalise le droit positif en la matière.

Sous-section 2 – L'insuffisance des sanctions subsidiaires

386. Par divers biais, l'amointrissement de la vigueur des nullités des sociétés peut cependant se trouver compensé. Aussi le respect des exigences liées au contrat de société peut dans une certaine mesure se trouver garanti par le jeu de diverses sanctions périphériques, « satellites »¹⁰⁸² ou indirectes qu'il convient ici d'évoquer afin d'en mesurer l'exacte portée.

Il est ainsi par exemple admis de longue date qu'il ne saurait être donné effet à une société fictive et le droit positif déploie quelques mécanismes destinés à neutraliser les effets que les individus tenteraient de faire produire à de telles structures.

Or, si la notion de fictivité se déduit d'un défaut d'*affectio societatis* ou plus généralement d'imperfections affectant le contrat de société ainsi que le soutiennent les tenants d'une conception traditionnelle de la fictivité, alors les sanctions qu'une déclaration de fictivité est susceptible d'engendrer entrent dans le champ de la démarche qui nous occupe car elles seraient indirectement susceptibles d'établir une subordination effective du bénéfice de la limitation de responsabilité à l'existence d'un véritable contrat de société.

Mais avant de nous livrer à une étude quelque peu laborieuse de l'évanescent régime de la fictivité des sociétés (§2), il convient de porter notre attention sur quelques sanctions plus immédiates, que le droit positif institue parallèlement au régime des nullités des structures personnifiées et qui, dans une certaine mesure, peuvent œuvrer à l'effectivité des exigences relatives au contrat de société (§1).

§1. Quelques sanctions subsidiaires des exigences du contrat de société

387. Outre la sanction de nullité de la structure personnifiée dont on a noté les faiblesses, le droit positif est doté de quelques mécanismes pouvant s'avérer dans une mesure variable aptes à garantir la prétendue exigence de contrat de société sous-jacent à une structure personnifiée. Parmi les principales mesures en ce sens, on évoquera la possibilité de réputer certaines clauses non écrites (A), la possibilité d'engager la

¹⁰⁸² L. Grosclaude vise par cette expression, l'inexistence, l'inopposabilité et les clauses réputées non écrites (*Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, th. Paris I, 1997). Elle laisse hors de son champ certaines mesures comme la mise en œuvre de la responsabilité des constituants qui ne tend pas à priver d'effet l'acte invalide, mais vise à dissuader de commettre une irrégularité et à réparer les préjudices qui seraient susceptibles d'en découler.

responsabilité individuelle des fondateurs et primo dirigeants (B), ainsi que la possibilité d'annuler certaines participations individuelles au sein desquelles se logerait le vice infectant la société (C).

A. La clause réputée non écrite

388. Présentation – Tout d'abord, si la sanction de nullité de la société souffre des limites que nous avons envisagées, l'article 1844-10 du Code civil prévoit que les clauses statutaires contraires à une disposition du titre relatif au contrat de société doivent être réputées non écrites lorsqu'elles ne sont pas de nature à entraîner la nullité de la société¹⁰⁸³. Or si la nature précise de cette sanction a pu faire l'objet de débats, son autonomie vis-à-vis de la nullité est aujourd'hui généralement acceptée, ce dont résulterait son affranchissement des entraves dont souffre le régime des nullités des sociétés. Grâce à cette sanction originale, il serait donc possible de compenser les conséquences de l'infirmité de la nullité en la matière. C'est ce qu'il convient de vérifier.

389. L'autonomie de cette sanction vis-à-vis de la nullité – La tentation est pourtant assez grande il est vrai, d'analyser cette sanction en une nullité partielle de l'acte : il faut reconnaître que le degré de parenté que la sanction du « réputé non écrit » entretient avec la nullité partielle « confine à la gémellité »¹⁰⁸⁴. Il n'est pas toujours aisé en effet d'expliquer la différence qui sépare les hypothèses appelant une nullité partielle, de celles où l'on distingue une clause réputée non écrite¹⁰⁸⁵ ; encore moins de justifier la différence de régime qui peut en découler. Car au travers de la question de l'autonomie de cette sanction, c'est l'application du régime des nullités qui est en jeu, ce qui peut parfois, comme en matière de société, s'avérer riche de conséquences.

¹⁰⁸³ À l'évidence, cette disposition du Code civil est applicable aux sociétés commerciales (v. *Mémento Francis-Lefebvre 2018, op. cit.* n°89840).

¹⁰⁸⁴ GROSCLAUDE, *op. cit.* p.127 ; v. également Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, th. Strasbourg, 1967.

¹⁰⁸⁵ V. sur cette question not. S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, *Economica* 2006, n°104 et s.p. 58 et s.

Ainsi, si l'on veut bien suivre la doctrine majoritaire selon laquelle la sanction de la clause réputée non écrite est d'une nature autonome, irréductible à la nullité¹⁰⁸⁶, il convient alors de la faire échapper aux diverses mesures encadrant strictement les nullités des sociétés : la sanction ne serait alors aucunement concernée, par exemple, ni par la liste exhaustive de causes de nullité que la directive européenne établit, ni par les règles encadrant strictement le régime de nullité comme l'accourcissement du délai de prescription ou la neutralisation de la rétroactivité.

Plus encore, non seulement la nature autonome de la clause réputée non écrite devrait la faire échapper aux restrictions spécifiques de la nullité en matière de société, mais un tel parti pris devrait même selon certains auteurs, conduire à l'application d'un régime spécifique et particulièrement vigoureux puisqu'issu de la notion d'inexistence¹⁰⁸⁷ ; en ce sens, on affirme en effet souvent le caractère déclaratif et non constitutif du jugement qui reconnaît cette sanction¹⁰⁸⁸, ou encore l'imprescriptibilité¹⁰⁸⁹ de l'action qui vise à son prononcé.

390. Les vertus d'une telle sanction en matière de SSPRL – Il faut reconnaître qu'au regard des impératifs qui gouvernent le régime des nullités des sociétés, la sanction spécifique de la clause réputée non écrite paraît un substitut particulièrement désigné à la nullité des structures.

Elle permet en effet de réaliser une harmonieuse conciliation entre d'une part les impératifs de sécurité juridique particulièrement impérieux en la matière¹⁰⁹⁰ – puisque cette sanction est insusceptible de conduire à la remise en cause de la personne morale –, et d'autre part, l'impératif de respect des exigences du contrat de société puisqu'elle implique que toute clause inconciliable avec les principes du droit des sociétés ait vocation à être supprimée.

¹⁰⁸⁶ V. not. J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 2, 4^{ème} éd. LGDJ 2013, n°2631, p. 1318 et s. ; J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, Chron. p. 59 et s. ; R. BAILLOT, « À propos des clauses réputées non écrites », *Mel. L. Boyer*, p. 14 et s. ; S. GAUDEMET, S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Economica 2006, préf. Y. LEQUETTE, spéc. n°104 et s., p. 58 et s.

¹⁰⁸⁷ V. J. CARBONNIER, *Les obligations*, PUF, 16^e éd., 1992, n° 104.

¹⁰⁸⁸ S. GAUDEMET, *op. cit.* n°150 et s., p. 85 et s. ; L. GROSCLAUDE, *op. cit.* p.130

¹⁰⁸⁹ V. not. sur ce point S. GAUDEMET, *op. cit.*, spéc. n°231 et s., p. 122 et s., et pour une illustration jurisprudentielle, v. Civ. 3^{ème}, 7 mai 2008, n°07-13409, *D.* 2008, p. 1413, obs. Y. ROUQUET. V. plus généralement encore sur la question J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *art. cit.* ; R. BAILLOT, « À propos des clauses réputées non écrites », *art. cit.* ; v. égal. V. COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », *JCP G* 1993, n°3, 691 ; L. GROSCLAUDE, *th. cit.*, p. 125 et s.

¹⁰⁹⁰ V. *supra* Sous-section 1 et particulièrement n°352 et 379 et s.

Aussi cette mesure permettrait-elle de pallier à de nombreux égards les faiblesses de la sanction de la nullité en la matière. Dans une hypothèse où les statuts contiendraient une clause contraire à la prohibition des clauses léonines par exemple, cette sanction permet de donner à l'exigence de partage des bénéfices et des pertes une véritable effectivité – la clause étant par ce biais réputée n'avoir jamais existé – tout en laissant subsister la personne morale.

391. L'incapacité de la sanction compenser pleinement les faiblesses de la nullité – Il ne faudrait pas surestimer cependant les vertus de cette sanction car elle ne saurait parfaitement remplacer l'absolutisme de la nullité. En effet, il est des hypothèses où la méconnaissance d'une exigence ne peut être localisée en une clause qu'il suffirait d'effacer : on pense par exemple à un défaut d'*affectio societatis* ou à une méconnaissance de l'exigence d'apport ou encore à un défaut d'« *entreprise commune* »¹⁰⁹¹ ; en ces hypothèses la sanction du réputé non écrit paraît à l'évidence d'un bien faible secours car le vice ne se situe en aucune clause particulière qu'il serait possible de neutraliser afin de conformer la situation aux exigences du contrat de société. De sorte que si cette sanction peut parfois s'avérer un substitut efficace aux faiblesses de la nullité, cette aptitude n'est pas sans limite et ne doit pas être exagérée.

B. La mise en œuvre de la responsabilité des fondateurs et primo dirigeants

392. Portée des articles L 223-10 et L 225-249 du Code de commerce – À la marge encore, on relèvera que la loi institue une responsabilité spécifique pesant sur les fondateurs et dirigeants initiaux de SSPRL¹⁰⁹² pour les dommages qui résulteraient de l'annulation de la structure¹⁰⁹³. Une telle mesure de responsabilité, par la crainte que sa réalisation inspirera à ceux sur qui elle est susceptible de peser, est vraisemblablement de nature à inciter ces derniers à veiller au respect des exigences de constitution de SSPRL. Il faut toutefois remarquer que l'annulation de la structure est en principe un préalable

¹⁰⁹¹ Sur cette exigence, v. *infra* Chapitre 2 n° 430 et s.

¹⁰⁹² V. art. L 223-10 et L 225-249 du Code de commerce.

¹⁰⁹³ V. G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit.* n°2022 et s. p. 339 et s ; Y. GUYON, *Droit des affaires, op. cit.* n°162 et s., p. 166 et s.

nécessaire à la mise en œuvre de ce régime de responsabilité¹⁰⁹⁴ ce qui, à raison justement des entraves au prononcé de cette sanction, réduit sensiblement la portée de la mesure. Logiquement en effet, depuis que les exigences du contrat de société ne semblent plus sanctionnées par la nullité de la SSPRL¹⁰⁹⁵, le manquement à ces exigences n'est plus susceptible d'entraîner la mise en jeu de la responsabilité des fondateurs et premiers dirigeants de ce type de structure.

393. Portée de l'article L 210-8 du Code de commerce – En parallèle à ce premier régime, la loi prévoit également la responsabilité solidaire des fondateurs et des « premiers membres des organes de gestion, d'administration, de direction et de surveillance » pour le préjudice « causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite par la loi et les règlements pour la constitution de la société »¹⁰⁹⁶.

Dans ce cadre, la nullité de la structure n'apparaît pas comme un préalable à l'action en responsabilité ; toutefois, la responsabilité en cause est alors encourue pour « l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité » nécessaire à la constitution de la structure. Ce sont donc les formalités constitutives qui sont exclusivement visées. Parmi celles-ci, on rangera sans hésitation par exemple la désignation d'un commissaire aux apports, le dépôt au greffe, l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, etc.¹⁰⁹⁷ ; mais si cette notion de formalité doit s'entendre conformément à son sens usuel, par opposition à ce qui relève du fond de l'acte¹⁰⁹⁸, il est alors bien peu vraisemblable qu'elle englobe les exigences relatives au contrat de société. Il faudrait retenir de la notion de formalité une acception bien audacieuse pour permettre à la disposition qui nous occupe de sanctionner au titre de l' « omission d'une formalité de constitution », le défaut d'un élément essentiel du

¹⁰⁹⁴ Sauf dans l'hypothèse où la cause de nullité aurait disparu, faisant obstacle au prononcé de la nullité. En ce cas, la responsabilité des fondateurs et dirigeants peut être engagée malgré le défaut de prononcé de la nullité: v. art 1844-17 C.civ. et L. 235-13 al. 2 C.com. Mais en ces hypothèses, faute d'annulation de la structure, c'est alors l'existence d'un préjudice qu'il sera bien exceptionnel de voir caractérisé (M. Guyon envisage la mise en œuvre de cette mesure dans la situation suivante : « la société n'a pas pu conclure un marché parce que le cocontractant n'a pas voulu traiter avec une société de validité douteuse. La perte de chance doit être réparée », *Droit des affaires, op. cit.*, n°162, p. 167).

¹⁰⁹⁵ Ainsi que tel semble le cas depuis la jurisprudence *Marleasing*, v. *supra* n°361 et s.

¹⁰⁹⁶ Art. L 210-8 du Code de commerce ; v. également art. 1840 du Code civil.

¹⁰⁹⁷ V. la liste de ces formalités constitutives qu'établit Y. GUYON, *Droit des affaires, op. cit.* n°139 et s., p. 143 et s., et dans laquelle il intègre « l'établissement de l'acte de société » par lequel il entend essentiellement les statuts.

¹⁰⁹⁸ En ce sens, G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v. « Formalité ».

contrat de société, à l'exception tout au plus du non respect de l'exigence de mention des apports dans les statuts¹⁰⁹⁹.

394. Ainsi, les mesures de responsabilité sanctionnant les irrégularités de constitution semblent en définitive apporter un concours bien marginal à l'effectivité des exigences du contrat de société dans la constitution des SSPRL.

C. La nullité des souscriptions individuelles

395. Si la nullité de la structure est enfermée dans le régime contraignant que l'on a décrit, il peut ne pas en aller de même s'agissant de la sanction visant la participation individuelle de chacun des associés. Ainsi s'il est par exemple impossible d'annuler une société pour vice du consentement à moins que le vice n'affecte l'ensemble des associés¹¹⁰⁰, il paraît tout à fait envisageable à l'inverse d'annuler la souscription individuelle de celui dont le consentement a été vicié.

Cette possibilité pourrait notamment trouver une justification dans l'idée que la société reposerait sur un acte collectif¹¹⁰¹ ou un acte conjonctif¹¹⁰², voire encore, par l'idée que la participation individuelle de chaque associé à la société se réalise par le biais d'un contrat de souscription¹¹⁰³ ou un contrat d'apport¹¹⁰⁴ en lequel le vice serait

¹⁰⁹⁹ On peut enfin relever que les fondateurs et premiers dirigeants restent vraisemblablement soumis aux principes généraux de la responsabilité civile (les articles L223-10, L225-249 et L210-8 du Code de commerce n'étant sans doute pas exclusifs), il serait donc envisageable d'engager leur responsabilité sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile à raison de la faute qui résiderait dans l'irrégularité de constitution de la société. Cette hypothèse reste évidemment théorique car faute de nullité de la structure, le préjudice découlant d'une telle faute civile – à la supposer caractérisée semble bien délicat à caractériser (rapp. G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op.cit.* n°1499 et CA ROUEN, 20 oct. 1983, *D.* 1985, jur. p. 161).

¹¹⁰⁰ V. directive 2009/101/CE, du 16 septembre 2009, article 12.

¹¹⁰¹ V. not. G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, préf. G. MARTY, LGDJ 1961 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité de droit civil, Les Obligations*, t. 1, 2^{ème} éd. Sirey 1988, n°369, p. 380 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les Obligations* t.1, 16^{ème} éd. Sirey 2014, n°507, p. 520.

¹¹⁰² R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. P. CATALA, LGDJ 1990.

¹¹⁰³ V. not. A. REYGRABELLET, *La notion de valeur mobilière*, th. Paris II, 1995. Et rapp. M. GERMAIN, « Le Code civil et le droit commercial », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004 p. 639 et s., spéc. p. 651 : « Ainsi cherchera-t-on à expliquer comment la participation de l'associé à la société s'effectue par deux contrats ; un contrat de souscription qui conduit à être partie au contrat de société. Mais si cette structure est plus qu'étrange elle a cependant le grand avantage de permettre d'annuler le contrat de souscription sans annuler le contrat de société ».

¹¹⁰⁴ V. M. BUCHBERGER, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, préf. M. GERMAIN, éd. Panthéon-Assas, 2011 ; n°464 et s., p. 389 et s. (et à propos plus

localisé... En tout état de cause¹¹⁰⁵, la possibilité théorique d'une telle sanction semble devoir être admise¹¹⁰⁶

396. Intérêts d'une telle sanction – Or, c'est avec évidence qu'apparaissent les vertus d'une telle sanction qui consisterait à se débarrasser du vice qui infecte la société par la suppression du seul lien d'associé en lequel il est « localisé ».

Puisqu'*a priori* une telle sanction ne menace pas l'existence de la structure sociale, elle ne porte pas les dangers pour la sécurité juridique inhérente à l'annulation de la société. Dès lors, il paraît tout à fait naturel qu'elle échappe aux entraves du régime des nullités de société et il convient donc de soumettre la nullité d'une participation au droit commun de la nullité¹¹⁰⁷, ce qui implique la rétroactivité de celle-ci ou encore la soumission de l'action au délai de prescription de droit commun.

En outre, puisqu'une telle sanction doit laisser intacte la structure, elle devrait être considérée comme extérieure au champ de la directive européenne restreignant les causes de nullité des structures à risques limités ; par conséquent, toutes les causes de nullité du contrat de société devraient pouvoir, sans restrictions, faire l'objet de sanction par le biais de cette annulation des participations individuelles.

Ainsi, à suivre cette idée, dès lors que le défaut d'une exigence du contrat de société serait caractérisé chez l'un des associés, il suffira d'annuler la participation de ce dernier pour éliminer rétroactivement le vice dont est affectée la structure.

397. Limites d'une telle sanction – Pour autant, cette sanction ne saurait suffire à combler parfaitement les lacunes que comporte le régime des nullités des SSPRL.

En effet, d'une part, le champ d'action exact de cette sanction d'annulation des participations individuelles n'est pas établi avec une parfaite netteté et pourrait s'avérer restreint. Selon certains auteurs, il serait limité aux seules « conditions

généralement de l'articulation de ce contrat d'apport avec le contrat de société, v. p. 192 et s., n°226 et s.).

¹¹⁰⁵ Pour un exposé de certaines ces conceptions, v. F.-G. TRÉBULLE, *L'émission des valeurs mobilières*, préf. Y. GUYON, Economica 2002, p. 282 et s.

¹¹⁰⁶ V. not. J.-P. LEGROS, *J. Class Sociétés traitée*, fasc. 32-10, précité, n°54 et s. qui cependant semble établir une distinction entre les causes communes et les causes personnelles aux associés, en réservant la possibilité d'annuler l'engagement individuel d'un associé aux seuls vice afférents à la seconde hypothèse.

¹¹⁰⁷ Rapp. M. BUCHBERGER, *op. cit.*, p. 389 et s., n°464 et s. et p. 417 et s., n°508 et s.

personnelles » propres à chaque associé – telles que l'exigence de consentement et de capacité ainsi que l'exigence d'apport – tandis que les autres exigences du contrat de société seraient quant à elles insusceptibles d'entraîner l'annulation isolée d'une souscription individuelle¹¹⁰⁸.

D'autre part, même à supposer que le champ d'application de cette sanction englobe l'ensemble des exigences du contrat de société, il convient de remarquer que dès lors que le vice sera partagé par l'ensemble des associés, cette sanction se révélera inefficace. On doute en effet qu'un tribunal vienne à se résoudre à maintenir l'existence de la structure tout en annulant l'ensemble des participations individuelles qu'elle fédère ce qui conduirait à laisser alors la société personnifiée dépourvue d'associés¹¹⁰⁹. De ce fait, en une telle hypothèse, seule l'annulation de la structure dans son ensemble paraît envisageable ; et c'est alors le régime de la nullité de la structure avec ses limites et ses entraves qui seul pourra alors trouver application.

Ce cas de figure où le vice viendrait à affecter l'ensemble des participations n'apparaît nullement exceptionnel. D'abord, on peut songer à l'hypothèse des structures dotées d'un capital purement formel qui nous paraissent incompatibles avec l'exigence d'apport en son véritable sens contractuel¹¹¹⁰ – le vice tenant au défaut d'apport étant alors partagé par l'ensemble des associés – ; ensuite, aux hypothèses où le défaut d'*affectio societatis* affecterait l'ensemble des membres ou se dégagerait de la relation unissant les membres (rendant impossible de localiser le vice dans l'une des participations en jeu). Enfin, l'annulation d'une participation isolée reviendra à l'annulation de l'ensemble des participations dans toutes les hypothèses de structures unipersonnelles où, par définition, il n'y a qu'une participation à annuler.

Dans ces hypothèses, parce que l'annulation des souscriptions individuelles viciées est indissociable de l'annulation de la structure dans son ensemble (sauf à accepter le maintien d'une structure sans associé, solution peu vraisemblable en l'état actuel du droit positif), il paraît nécessaire que ces actions en nullité des participations

¹¹⁰⁸ En ce sens, v. J.-P. LEGROS, *J. Class Sociétés traitée*, fasc 32-10, précité, n°51 et s.

¹¹⁰⁹ Dans l'absolu, sur un plan théorique et prospectif, aucun obstacle dirimant ne nous paraît nécessairement interdire ce cas de figure – il suffirait de confier la société provisoirement à ses dirigeants avec pour mission de faire souscrire de nouvelles parts ou actions à de nouveaux associés ou actionnaires – mais cela supposerait d'acter le divorce irrémédiable des structures sociales avec le contrat de société car en cette hypothèse où la structure subsisterait malgré l'annulation rétroactive des participations de tous les associés, il serait bien délicat de trouver la trace du contrat de société sur lequel elle reposerait.

¹¹¹⁰ V. *supra* n°285 et s.

individuelles soient assujetties au régime contraignant d'une action en nullité de la structure dès lors que tel sera *in fine* leur finalité.

398. Ainsi, si la sanction consistant en l'annulation des participations individuelles peut, dans une certaine mesure et dans certaines circonstances, s'avérer apte à conférer aux exigences de la société une certaine effectivité, cette aptitude ne doit pas être surestimée en raison de son champ d'application restreint, de sorte que cette sanction ne saurait compenser les diverses limites et entraves dont le régime de la nullité des SSPRL est grevé.

§2. Les sanctions de la fictivité

399. **Le postulat selon lequel la fictivité sanctionne un vice relatif au contrat de société** – Ce que recouvre précisément la notion de fictivité d'une société n'est pas très net. Selon les présentations doctrinales courantes, elle est parfois rattachée à la simulation, parfois à l'abus de personnalité morale et entretient souvent des liens étroits et emmêlés avec la fraude, bien que l'on s'accorde généralement à considérer ces deux derniers concepts comme distincts¹¹¹¹. Dans une acception traditionnelle en tout cas, on la présente comme sanctionnant le défaut d'*affectio societatis* révélateur de l'absence de contrat de société sous-jacent à une structure personnifiée¹¹¹². Il est courant d'observer cependant une évolution dans la manière dont les tribunaux usent de la notion de fictivité : s'ajouterait – voire, plus vraisemblablement, se substituerait – à une conception classique fondée sur le mécanisme de la simulation au travers duquel serait sanctionné essentiellement un défaut d'*affectio societatis*, une conception moderne axée sur le contrôle de la régularité du

¹¹¹¹ V. not. M. DAGOT, *La simulation en droit privé*, préf. P. HEBRAUD, LGDJ, 1967, n°77, p. 66.

¹¹¹² V. par exemple en ce sens C. CUTAJAR-RIVIERE, *Société fictive, Dossier Themexpress* : Lefebvre, 2000, V° Synthèse, n° 1, pour qui la fictivité consiste « à mettre en œuvre la technique sociétaire dans la méconnaissance de la définition de la société telle qu'elle découle de l'article 1832 du Code civil » ; v. également DAGOT, *La simulation en droit privé*, op. cit., n°77, p. 66 et s. ; Y. GUYON, *J. Class., fasc. préc.*, not. n°65 ; B. MERCADAL et Ph. JANIN (dir.), *Memento Lefebvre Sociétés commerciales*, n° 120, selon qui il y a fictivité quand « il manque un élément essentiel du contrat de société, ce qui conduit à une absence d'*affectio societatis* » ; J.-P. LEGROS, *J. Class.*, Fasc. 32-10, préc., n°113 et note sous Cass. com., 19 février 2002 *JCP E* 2002, 1510, spéc. n°4 ; v. aussi J. MESTRE (dir.) *Le Lamy sociétés commerciales*, §483 ; A. MARTIN-SERF, *J.-Cl. Sociétés Traité*, Fasc. 7-40, « Sociétés fictives et frauduleuses », n°4 et s. ; Y. GUYON, *J. class* fasc 20-10 préc., n°65 v. généralement à propos de cette doctrine, J.-J. DAIGRE, v° « Sociétés fictives » in *Répertoire de droit des sociétés Dalloz*, n° 56 et s. V. également en jurisprudence Cass. com. 3 févr. 1998, *JCP E* 1998, n°17, p. 652, obs. P.PETEL ; CA Aix en Provence, 8^{ème} ch. Section A, 17 oct. 2001, *Dr. Des sociétés* 2002, n°114, p. 15.

fonctionnement de la structure personnifiée au regard de la logique structurelle de la personnalité morale.

Les critères utilisés par les tribunaux sont en tout cas très divers et les raisonnements à l'œuvre sont le plus souvent empreint d'une casuistique qui rend très délicate l'opération de systématisation de ce que recouvre la notion. Tel ne saurait être notre ambition.

Dans le cadre de la démarche qui est la notre il nous suffira de démontrer d'une part que quel que soit ce que recouvre la notion de fictivité d'une SSPRL, elle n'est plus sanctionnée, hors procédure collective, que par la nullité ; de sorte que, quand bien même la fictivité tendrait à sanctionner un vice du contrat de société, cette notion ne serait d'aucun secours pour pallier aux faiblesses structurelles de la nullité qui furent plus haut mises en évidence (A).

Ce n'est que dans le cadre des procédures collectives que la fictivité est susceptible de déclencher certaines sanctions spécifiques susceptibles de neutraliser effectivement la limitation de responsabilité découlant du régime de SSPRL. Mais on établira que dans ce cadre spécifique, la notion ne vise aucunement un défaut affectant le contrat de société mais seulement un fonctionnement défectueux de la personne morale (B).

A. La sanction de la fictivité en dehors de l'hypothèse de procédure collective

400. En dehors du cadre spécifique des procédures collectives que nous examinerons plus loin, deux sortes de sanctions doivent être envisagées. D'une part c'est d'inexistence qu'il fut proposé de frapper les sociétés fictives ; mais si cette idée a pu un temps prospérer, elle paraît aujourd'hui définitivement abandonnée en jurisprudence (1). D'autre part, il semble que les tribunaux acceptent parfois de ne pas tenir compte de la personnalité morale d'une structure qu'ils estiment fictive, la tenant ainsi pour inopposable¹¹¹³. Les droits ou obligations dont elle était titulaire seront alors considérés comme directement rattachés à la personnalité du maître de l'affaire ; la rétroactivité dont est alors dotée la déclaration de fictivité pourrait laisser penser qu'il s'agit là d'une sanction de nature à

¹¹¹³ V. not. I. PARACHKEVOVA, note sous Cass. com., 4 oct. 2011, *BJS* 2012, p. 19 ; v. également bien qu'équivoques, M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.* 32^{ème} éd., n°273, p. 98.

doter l'exigence de contrat de société d'une effectivité plus grande que celle qui résulte de la simple nullité (2).

1. Le rejet de la sanction de l'inexistence

401. Présentation – Soutenus par une certaine frange de la doctrine¹¹¹⁴, les tribunaux ont pu un temps paraître sensibles à la théorie de l'inexistence pour sanctionner la fictivité des sociétés¹¹¹⁵. Selon cette conception, une société fictive parce qu'exempte d'*affectio societatis* ne serait pas une société nulle mais bien « une société dépourvue de toute existence juridique », car « le défaut d'*affectio societatis*, critère jurisprudentiel principal de la fictivité des sociétés (...) est de nature à inhiber la création d'un être moral qui ne peut advenir que de l'existence d'un intérêt collectif organisé dont l'existence se manifeste par la conclusion d'un contrat de société»¹¹¹⁶.

A suivre cette analyse, il y aurait donc par l'intermédiaire de la notion de fictivité une possibilité de sanctionner effectivement, et même particulièrement vigoureusement, le défaut de contrat de société sous-jacent à une SSPRL que révélerait le défaut d'*affectio societatis*, en s'affranchissant des contraintes et des limites du régime de nullité en la matière. L'inexistence en effet, sorte de « super nullité »¹¹¹⁷ dotée d'« effets draconiens »¹¹¹⁸ échapperait à l'aménagement du régime des nullités des SSPRL et aurait ainsi vocation notamment, à jouer de manière rétroactive¹¹¹⁹.

¹¹¹⁴ V. not. J.-P. SORTAIS, note sous Rouen, 6 juin 1973, *Rev. sociétés* 1974, p.741 ; J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, t. 1 : Sirey, 1950, n°149, p. 175 et s. ; P. PIC, « De la simulation dans les actes de société », *DH* 1935; J. CALAIS-AULOIS *Rép. Dalloz sociétés*, v. « Société fictive », 1971, n°3, cité par P. LE CANNU, « Inexistence ou nullité des sociétés fictives », *Bull. Joly* 1992, p. 875, n°6 ; Y. CHARTIER, *Droit des affaires*, t. 2, *Sociétés commerciales*, PUF 1992, p. 16 ; P. DIENIER, note sous Cass. 3e civ., 22 juin 1976, *D. 1977*, jurispr. p. 619 ; rapp. également Y. GUYON, *Droit des affaires, op. cit.* n°158, p. 161 (qui reconnaît cependant le risque d'un défaut de conformité à la directive de 1968) ; et v. plus généralement à ce propos, P. LE CANNU, « Inexistence ou nullité des sociétés fictives », *art. cit.* ; J.-P. SORTAIS, note sous Rouen, 6 juin 1973, *Rev. sociétés* 1974, p.741.

¹¹¹⁵ V. Cass. civ. 3^{ème}, 8 janv. 1975, n° 73-13.635, *Bull. civ.* 1975, III, n° 2; *Rev. sociétés* 1976, p. 301, note I. BALENSI; Cass. civ. 3^{ème}, 22 juin 1976, *D. 1977*, jurispr. p. 619, note P. DIENER ; Cass. com., 19 déc. 1983, *Bull. Joly* 1984, § 105, p. 295 ; *RTD com.* 1984, p. 477, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN. V. aussi Cass. com., 11 oct. 1988 : *Bull. Joly* 1988, § 308, p. 939, note P. LE CANNU ; v. enfin, P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques, 1978, n° 82 et s.

¹¹¹⁶ C. BAILLY-MASSON, « La fictivité, une épée de Damoclès disparue », *art. cit.*, spéc. p. 5.

¹¹¹⁷ J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ 1971, n°73, p.110.

¹¹¹⁸ J. HAUSER, *Ibid.*

¹¹¹⁹ A. MARTIN-SERF, v° « Sociétés fictives et frauduleuses », *J. Class. Sociétés traité*, fasc. 7-40 n°119 et s.

402. Rejet – Au vrai cependant, cette thèse semble assez difficile à admettre, *a fortiori* si, à l'instar de ses partisans, on entend par fictivité le défaut d'*affectio societatis*¹¹²⁰. On comprendrait mal en effet qu'un critère aussi controversé que celui-ci et qui semble aujourd'hui vidé de toute substance en SSPRL¹¹²¹, soit précisément celui auquel serait attaché un mécanisme de sanction extraordinairement vigoureux¹¹²², affranchi des entraves dont le législateur a spécifiquement souhaité doter le régime des nullités en la matière¹¹²³. En tout état de cause, quelles que soient les justifications dont on affuble cette théorie, elle semble aujourd'hui définitivement désavouée par le droit positif. Depuis le célèbre arrêt *Lumale* rendu en 1992, la Cour de cassation semble avoir rompu avec la sanction exorbitante de l'inexistence en affirmant nettement le principe selon lequel « une société fictive est une société nulle et non inexistante »¹¹²⁴. La solution fut d'ailleurs confirmée quelques années plus tard par l'arrêt *Kreditanstalt*¹¹²⁵ par

V. plus généralement à propos de cette sanction qui échapperait au régime des nullités, G. DURRY, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XIV, Dalloz 1965, p. 611 et s., spéc. p. 625-626 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *op. cit.*, 12^{ème} éd., n°534, p. 612, n°565, p. 635 et n°140, p.176 ; A. POSEZ, *L'inexistence du contrat*, th. Paris II, 2010, dir. D. BUREAU, et spéc. n°5, p. 16 et s. ; *J. Class. fasc. 7-40 préc.* par A. MARTIN-SERF, n°119 et s.

¹¹²⁰ Rappr. J.-P. LEGROS, *J. Class.*, Fasc. 32-10, préc., n°113 et note sous Cass. com., 19 février 2002 *JCP E* 2002, 1510, spéc. n°4 ; v. aussi J. MESTRE (dir.) *Le Lamy sociétés commerciales*, §483 ; A. MARTIN-SERF, *J.-Cl. Sociétés Traité*, Fasc. 7-40, « Sociétés fictives et frauduleuses », n°4 et s. ; Y. GUYON, *J. class fasc 20-10 préc.*, n°65 ; rappr. M. JEANTIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 1977, *D.*, 1978, p. 89, spéc p. 91, pour qui la société serait inexistante en cas de défaut d'*affectio societatis*, mais qui prône la distinction de l'inexistence et de la fictivité.

¹¹²¹ V. *Supra*, n°310 et s. (300)

¹¹²² D'ailleurs, on s'accorde traditionnellement à ne réserver l'inexistence qu'aux vices d'une gravité exceptionnelle (v. par exemple J. CALAIS-AULOY « les sociétés fictives sont atteintes d'une tare beaucoup plus grave (que les sociétés de fait), quoique généralement moins visible : ce n'est pas leur validité qui est en cause, mais leur existence même » *Rep. Dalloz, sociétés*, « Société fictive », 1971, n°3, cité par P. LE CANNU « Inexistence ou nullité des sociétés fictives », *art. cit.* note 2). Comment prétendre que tel est le cas du défaut d'*affectio societatis* en SSPRL alors que ce critère à l'évidence n'est plus qu'un fantôme ? rappr. également M. JEANTIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 1977, *D.*, 1978, p. 89 ; v. encore C. CUTAJAR-RIVIERE, *op. cit.*, n° 386 et s, p. 352 et s.

¹¹²³ Rappr. C. BAILLY-MASSON, « La fictivité, une épée de Damoclès disparue », *art. cit.*

¹¹²⁴ Cass. com., 16 juin 1992, n° 90-17.237, arrêt *Lumale*, *Bull. civ.* 1992, IV, n° 243 ; *Dr. sociétés* 1992, comm. 178, obs. Th. BONNEAU ; *D.* 1993, jurispr. p. 508, note L. COLLET ; *Bull. Joly* 1992, p. 960, § 313 ; v. aussi P. LE CANNU, « Inexistence ou nullités des sociétés fictives », *Bull. Joly* 1992, § 274, p. 875. Dans cet arrêt, les juges de première instance avaient en substance permis aux associés d'opposer à l'administration fiscale la fictivité de leur société, ce que condamne la Cour de cassation en affirmant « qu'une société fictive est nulle et non inexistante », ce dont devait résulter l'application du régime des nullités et particulièrement de l'article 1844-16 du Code civil qui dispose que « ni la société, ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi ».

¹¹²⁵ Cass. com., 22 juin 1999 (*Bull. civ.* IV, n° 136 ; *Bull. Joly* 1999, § 229, p. 978, note A. COURET ; *D. affaires* 1999, p. 1336, obs. M.B. ; *Dr. sociétés* 1999, comm. n° 143, obs. Th. BONNEAU ; *RTD com.* 1999, p. 903, obs. Y. REINHARD ; *Défrénois* 1999, art. 37061, p. 1195, n° 11, note H. HOVASSE ; *Rev. sociétés* 1999, p. 824, obs. A. CONSTANTIN ; *JCP E* 2000, n° 5, p. 181, note C. CUTAJAR ; *JCP G* 2000, II, 102666, note M. MENJUCQ).

lequel la Chambre commerciale, tirant les conséquences de cette position et soumettant donc la fictivité prononcée au régime spécifique de la nullité en la matière, refusait de donner à la fictivité qu'elle constatait un quelconque effet rétroactif¹¹²⁶.

Depuis donc ces désaveux explicites, il ne paraît plus possible de soutenir que le défaut de société sous-jacent à une SSPRL puisse, par l'intermédiaire des concepts de fictivité et d'inexistence, échapper aux entraves qui grèvent le régime des nullités en la matière¹¹²⁷.

D'ailleurs au vrai, même la simple nullité d'une SSPRL sur le fondement de sa fictivité est une solution à la pérennité incertaine dans la mesure où cette hypothèse ne correspond à aucune des causes que liste la directive européenne gouvernant cette sanction¹¹²⁸!

2. La prétendue inopposabilité des sociétés fictives

403. Si la théorie de l'inexistence semble donc avoir été définitivement abandonnée par la Cour de cassation, il resterait possible, à croire certaines présentations, de déclarer inopposable la société fictive ce qui permettrait de neutraliser rétroactivement le bénéfice du régime de limitation de responsabilité (a). L'analyse des décisions où une telle sanction a pu être prononcée conduit cependant à relativiser cette opinion (b).

¹¹²⁶ En statuant que la fictivité d'une société, puisque sanctionnée de nullité et non d'inexistence, ne pouvait produire d'effet rétroactif et partant conduire à la remise en cause d'actes passés par la structure fictive ; v. infra n° 410.

¹¹²⁷ V. encore, pour une illustration de l'application de la sanction de nullité impliquant le jeu du régime de la prescription triennale strictement entendu : Cass. civ. 1^{ère}, 20 nov. 2001 (n°99-13985, *Droit et patrimoine* 2002 n°102, p. 103, *D.* 2002, AJ p. 95, obs. A. LIENHARD), où la Cour affirme que le délai de prescription de trois ans applicable à une action en nullité contre une société fictive court à compter de la date de disparition de l'*affectio societatis* (l'arrêt de cassation n'emploie pas le terme de fictivité, et préfère n'évoquer que la disparition de l'*affectio societatis*, mais c'était bien de fictivité dont il était question ainsi que cela ressort nettement de l'arrêt d'appel : CA PARIS, 28 janv. 1999, *Dr. Des sociétés* 1999, n°90, note T. BONNEAU).

¹¹²⁸ V. *supra* n°355 et s. et P. ROUAST-BERTIER, « Société fictive et simulation », *Rev. des sociétés* 1993, p. 725, spéc. n°34 ; N. MATHEY, note sous Cass. com. 9 juin 2009, *Revue des sociétés* 2009 p.781, spéc. n°5 ; J.-P. LEGROS, *J. Class préc.*, fasc. 32-10 préc., n°132 et s. Une parade à ce raisonnement qui mène à de bien inopportunes conséquences, pourrait consister à prétendre qu'une société fictive n'est pas une véritable société, ce qui emporterait l'inapplicabilité de la directive en question, laquelle n'est applicable qu'aux sociétés : v. en ce sens C. CUTAJAR-RIVIÈRE, *op. cit.*, n°394, p. 368 : « l'action en déclaration de fictivité prive une entité juridique de toute possibilité de qualification de société. Là où il ne peut exister de société, *a fortiori*, ne peut

a. Le maintien apparent de l'inopposabilité comme sanction de la fictivité

404. Présentation – Malgré le rejet de la théorie de l'inexistence et l'affirmation de la nullité comme sanction exclusive de la fictivité des sociétés, quelques décisions postérieures à l'arrêt *Lumale* acceptent de ne pas tenir compte de la personnalité morale d'une société jugée fictive, en rattachant directement aux maîtres d'affaire les droits et obligations dont la société fictive était titulaire par le passé.

De ce fait, on trouve encore dans les présentations doctrinales contemporaines, et postérieures à la jurisprudence *Lumale*, régulièrement affirmé que la fictivité pourrait être sanctionnée, en plus d'une action en nullité, par l'inopposabilité de la société¹¹²⁹. Une telle affirmation se fonde vraisemblablement sur une conception traditionnelle encore répandue qui veut que la fictivité de la société corresponde à une hypothèse de simulation¹¹³⁰, laquelle est classiquement sanctionnée par l'inopposabilité de l'acte apparent¹¹³¹.

Or un tel phénomène ne serait pas anodin pour l'analyse qui nous intéresse dans la mesure où cette sanction, nécessairement rétroactive, permettrait de pallier aux insuffisances de la nullité en la matière et pourrait permettre de conditionner effectivement le bénéfice des effets du régime de SSPRL aux seules hypothèses où existe véritablement un contrat de société.

exister de société à responsabilité limitée ou de société de capitaux ». On mesurera cependant combien l'argument paraît artificiel.

¹¹²⁹ V. not. I. PARACHKEVOVA, note sous Cass. com., 4 oct. 2011, *BJS* 2012, p. 19 ; équivoque, M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.* 32^{ème} éd., n°273, p. 98.

¹¹³⁰ C'est souvent ce fondement qui est invoqué en doctrine, v. not. M. DAGOT, *La simulation en droit privé*, LGDJ 1967, n°76 et s., p. 64 et s. ; plus généralement pour une présentation de la controverse relative à ce fondement, v. J.-P. LEGROS, *J. Class Sociétés traité*, fasc. 32-10 préc. n°62 et s. Et v. contestant la pertinence de ce fondement G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, t. II, n°273, p. 243.

¹¹³¹ V. not. J. *Class. Société traité*, fasc. 7-40 préc. par A. MARTIN SERF, n°81 et s. ; M. DAGOT, *op. cit.*, n°76 et s., p. 64 et s. ; P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, *op. cit.* p. 67 ; J. HAMEL et G. LAGARDE, *op. cit.*, t. 1, n°443 ; J. MESTRE (dir.) *Lamy sociétés commerciales*, *op. cit.* n°485. V. *contra* J.-D. BREDIN, « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », *R.T.D. Civ.* 1956, p. 261, n° 18 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations*, Sirey 1962, n° 273, p. 243 ; M. DESPAX, *op. cit.* n°153 ; P. ROUAST-BERTIER, « société fictive et simulation », *art. cit.* ; C. BAILLY-MASSON, « La fictivité, une épée de Damoclès disparue » *art. cit.*

405. Illustrations jurisprudentielles du maintien de l'inopposabilité comme sanction de la fictivité – De fait, il semble incontestable qu'un certain nombre de décisions postérieures à l'arrêt *Lumale* acceptent de tenir la société fictive pour inopposable.

Pêle-mêle, on pourrait tout d'abord citer un arrêt rendu le 4 octobre 2011¹¹³², par lequel la Chambre commerciale de la Cour de cassation accepte de faire droit à une action dirigée directement contre le maître de l'affaire d'une société qualifiée de fictive, en paiement de dettes incombant à cette dernière. En rattachant des dettes déjà nées au patrimoine du maître de l'affaire à raison de la fictivité de la société qui les avait souscrites, la Cour de cassation paraît donc bel et bien tenir la personnalité morale pour inopposable au créancier et donne implicitement mais nécessairement au prononcé de la fictivité un caractère rétroactif.

406. Dans un ordre d'idées semblable, la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 18 décembre 2007¹¹³³ a visé explicitement le mécanisme de simulation et donné raison aux juges d'appel d'avoir déduit de la fictivité d'une SCI, que le maître de l'affaire était personnellement propriétaire de l'appartement acquis par le passé par cette société, ce qui devait alors permettre l'appréhension de l'immeuble par les créanciers personnels du véritable propriétaire.

407. De même encore, la lecture d'un arrêt de la Chambre commerciale du 9 juin 2009 pourrait tout autant illustrer le maintien de la sanction de l'inopposabilité en droit positif¹¹³⁴. La Cour de cassation ne se prononce pas précisément ici sur la sanction de la fictivité, mais on comprend que l'arrêt d'appel attaqué avait tiré pour conséquence de cette fictivité que le maître de l'affaire devait être considéré comme le véritable propriétaire des actifs sociaux et en particulier d'un immeuble que la société fictive avait acquis¹¹³⁵. Une fois de plus, la fictivité était donc affublée d'un caractère rétroactif et le pourvoi d'ailleurs ne manquait pas de faire valoir que la Cour d'appel avait méconnu la règle selon laquelle la

¹¹³² n° 09-162.93, *BJS* 2012, p. 19 note I. PARACHKEVOVA.

¹¹³³ Cass. civ. 3^{ème}, 18 décembre 2007, n°06-21.897, *Dr. sociétés* 2008, comm. 121, note R. MORTIER, *RJDA* 4/2008, n° 367.

¹¹³⁴ Cass. com., 9 juin 2009, n° 07-20.937, *Rev. sociétés* 2009, p. 781, note N. MATHEY.

¹¹³⁵ V. C.A. AIX EN PROVENCE, 11 septembre 2007.

nullité d'une société opère sans rétroactivité ; argument que la Cour de cassation semble laisser sans réponse¹¹³⁶.

408. Par un arrêt du 20 janvier 1993¹¹³⁷ enfin, la troisième Chambre civile approuve les juges du fond d'avoir déduit de la fictivité d'une société que les voix que celle-ci détenait dans les assemblées de copropriétaire d'un immeuble devaient être comptabilisées comme étant celles du maître de l'affaire, cette imputation conduisant à l'annulation d'une résolution d'assemblée de copropriétaires. Ici encore, la fictivité de la société emporte des conséquences sur la validité d'un acte passé et se trouve partant dotée d'une rétroactivité certaine.

b. Une sanction de la fraude davantage que de la fictivité

409. **La question de la transposition de la solution aux SSPRL** – Toutefois, on remarquera d'une part qu'aucun de ces arrêts ne concerne une SSPRL et il est possible de croire que ce n'est pas par hasard ; que ces solutions ne seraient pas transposables en matière de SSPRL. En effet, ces dernières sont régies par la directive européenne de 1968 (devenue directive 2009/101/CE du 16 septembre 2009), dont l'article 12 prévoit qu'en dehors des causes de nullité listées, « les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité », et l'article 13 que la nullité opère sans rétroactivité.

De ce fait, le simple prononcé de la nullité d'une SSPRL sur le fondement de sa fictivité constitue déjà en soi une prise de liberté coupable des juges nationaux par rapport à la directive. Tirer de surcroît des conséquences rétroactives du prononcé de la fictivité pourrait sembler encore plus difficilement admissible.

Admettre en effet l'inopposabilité – fondée par hypothèse sur la simulation – d'une SSPRL reviendrait certainement à « court-circuiter » les restrictions que les

¹¹³⁶ V. N. MATHEY, note sous Cass. com., 9 juin 2009, *Rev. sociétés* 2009, p. 781., spéc. n°6. Nb : l'arrêt d'appel fait l'objet d'une cassation partielle mais seulement pour une question de procédure.

¹¹³⁷ n° 90-21.997, *Dr. sociétés* 1993, comm. 111, note Th. BONNEAU ; *D.* 1994, somm. p. 201, obs. J.-R. BOUYEURE.

législateurs français et surtout européen¹¹³⁸ ont précisément souhaité apporter au régime de nullité de droit commun, comme justement la neutralisation de la rétroactivité de la nullité ou encore le régime spécifique de prescription¹¹³⁹.

410. L'explication de ces solutions par la fraude – En outre et surtout, l'arrêt *Kreditanstalt*¹¹⁴⁰ que nous évoquions et par lequel la Cour de cassation réaffirme, pour en tirer les conséquences, la règle qu'elle énonce dans l'arrêt *Lumale*, apporte dans son attendu de principe une précision qui permet d'expliquer les différents arrêts cités qui acceptent l'inopposabilité de la société fictive.

Dans cette affaire, la Chambre commerciale approuvait la Cour d'appel d'avoir retenu la fictivité de la structure mais lui reprochait d'en avoir tiré pour conséquence l'inopposabilité d'un acte que celle-ci avait passé en énonçant « qu'une société fictive est une société nulle et non inexistante et que la nullité opère sans rétroactivité, de sorte que la sûreté réelle consentie par la société Balty avant que sa fictivité ne fut déclarée demeure valable et opposable aux créanciers chirographaires, *en l'absence de fraude, non établie par l'arrêt, à leurs droits* »¹¹⁴¹.

La Cour de cassation affirmait ainsi qu'aucune conséquence pour le passé ne pouvait en principe être tiré de la fictivité de la société, tout en réservant expressément l'hypothèse de la fraude.

Or précisément, il apparaît à l'analyse que chacune des décisions qui, depuis l'arrêt *Lumale*, acceptent de tenir la société fictive pour inopposable peut en réalité s'expliquer par la nécessité de neutraliser la fraude à laquelle servait la personne morale¹¹⁴².

¹¹³⁸ Or au contraire du premier, le non respect des règles posées par le second n'est pas dépourvu de toute conséquences puisqu'il emporte un risque de condamnation pécuniaire qui pèse sur les contribuables français.

¹¹³⁹ Par définition, l'action en inopposabilité n'étant pas une action en nullité, elle échapperait au régime de la prescription mis en œuvre. V. J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 3^{ème} éd., *op. cit.*, n°915 p. 973-974, d'ailleurs certains auteurs prétendent même que l'action en simulation est imprescriptible (v. not. R. DEMOGUES, *Traité des obligations*, I, tome 1, *op. cit.* n°160 p. 264). V. généralement sur cette question, M. DAGOT, *op. cit.*, n°303, p. 300.

¹¹⁴⁰ Cass. com., 22 juin 1999 *précité*.

¹¹⁴¹ Nous soulignons.

¹¹⁴² En plus de celles que nous évoquions, v. encore Cass. civ. 3^{ème}, 3 décembre 2013 (n°12-22.118, *Rev. sociétés* 2014, p. 569, note B. LECOURT) ; Cass. com., 15 mai 2007 (n°06-14262, *Dr sociétés* 2007, 174 note R. MORTIER ; *BJS* 2007, p. 1094 note N. MATHEY ; M. COZIAN « Abus de droit, apport-cession et apport-donation : la Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ? », *JCP E* 2007, 2100) et Cass. com. 13 janvier 2009 (n° 07-20.097, *Dr. sociétés* avr. 2009, obs. M.-L. COQUET ; *RTD com.* 2009, p. 568 note C. CHAMPAUD). V. *infra* n° 412.

411. Fraude paulienne – Parfois ce sera une fraude de nature paulienne que relèveront les tribunaux pour déclarer inopposable la société fictive – sans que pour autant, l'action paulienne soit spécifiquement mise en œuvre – la création de la société fictive ayant eu pour finalité la soustraction d'un bien aux poursuites de créanciers du maître de l'affaire¹¹⁴³.

Ainsi dans l'arrêt du 9 juin 2009 évoqué¹¹⁴⁴, il ressortait clairement du pourvoi¹¹⁴⁵ que si les juges du fond s'étaient attachés à caractériser la fictivité de la société et avaient conclu à sa nullité, ils s'étaient fondés sur l'action paulienne pour lever le voile de la « société écran créée dans le but d'organiser l'insolvabilité » du maître de l'affaire¹¹⁴⁶. De même, dans l'arrêt du 18 décembre 2007¹¹⁴⁷ présenté plus haut, les juges ont certes fait expressément reposer leur raisonnement sur l'article 1321 – ancien – du Code civil et le mécanisme de simulation ; il n'en reste pas moins que l'hypothèse jugée semblait présenter encore toutes les caractéristiques d'une fraude paulienne¹¹⁴⁸. Il était clair en effet que le but du montage réalisé par le maître de l'affaire avec la complicité de ses enfants mineurs était de mettre ses richesses à l'abri des poursuites de ses créanciers en recourant à cette SCI fictive. Et l'on est d'ailleurs surpris par le choix d'avoir poursuivi l'inopposabilité de la société sur le fondement de la simulation plutôt que sur celui de la fraude paulienne¹¹⁴⁹. En tout état de cause, la fictivité de la société créée dans un dessein frauduleux devait conduire ici à son inopposabilité rétroactive, sans que le mécanisme spécifique de l'action paulienne ne soit mis à contribution.

¹¹⁴³ Sur les rapports entre société fictive et action paulienne, v. not. B. LECOURT, « De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés », *Mélanges. Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 415 et s., spéc. n°73 et s., p. 647 et s.

¹¹⁴⁴ Cass. com., 9 juin 2009 précité (n° 07-20.937, *Rev. sociétés* 2009, p. 781, note N. MATHEY).

¹¹⁴⁵ V. les moyens annexés du pourvoi principal.

¹¹⁴⁶ Le raisonnement des juges du fond était d'ailleurs pas dépourvu de confusions (v. N. MATHEY, *note préc.*, spéc. n°6)

¹¹⁴⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 18 décembre 2007 (n°06-21.897, *Dr. sociétés* 2008, comm. 121, note R. MORTIER ; *BRDA* 4/2008, p. 3 ; *RJDA* 4/2008, n° 367).

¹¹⁴⁸ V. en ce sens, R. MORTIER, *note préc.*

¹¹⁴⁹ Peut-être était-ce parce que le créancier agissant ne pouvait satisfaire à l'exigence d'antériorité de la créance inhérente à l'action paulienne, encore que cette exigence soit entendue de manière extrêmement souple par la jurisprudence (v. sur ce point Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *op. cit.* n°1589, p. 1657 ; B. LECOURT, « De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés », *art. cit.* spéc. n°12 et s., p. 618 et s.). Le recours à la fictivité plutôt qu'à la fraude paulienne peut aussi s'expliquer par la volonté d'échapper à la nécessité de prouver la complicité de l'ensemble des parties à l'acte (v. P. ROUAST-BERTIER, « Sociétés fictives et simulation », *Rev. des sociétés* 1993, p. 725 et s., spéc. n°39).

De même enfin, par un arrêt de la troisième chambre civile du 3 décembre 2013¹¹⁵⁰, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir – sans asseoir pourtant sa décision sur les dispositions régissant l'action paulienne – tiré pour conséquence de la fictivité de la société créée dans une finalité manifeste de fraude paulienne¹¹⁵¹ la « nullité » rétroactive de cette société, qui devait aboutir au retour du bien dans le patrimoine du maître de l'affaire. Ainsi, dans cette affaire encore, où ce n'était pourtant pas le mécanisme de l'action paulienne qui était revendiqué pour attaquer la société – ce que souligne la Haute juridiction – le dessein frauduleux qui commanda la création de la société fictive emporte une levée rétroactive du voile de la personnalité.

412. Autres sortes de fraude – Parfois aussi, il est plus simplement fait apparaître que la finalité du recours à la création d'une société fictive réside dans la volonté de se soustraire à l'application d'une règle impérative pour prononcer son inopposabilité.

Ainsi dans l'arrêt du 20 janvier 1993 évoqué¹¹⁵², la troisième chambre civile justifie sa décision d'approuver les juges du fond ayant levé le voile de la SCI fictive par le fait que cette dernière avait été constituée « dans le but de tourner les dispositions de l'article 22, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965 » établissant une réduction du nombre de voix aux assemblées générales de copropriétaires.

Également en matière fiscale, on pourrait mentionner deux arrêts de la chambre commerciale, l'un du 15 mai 2007¹¹⁵³, l'autre du 13 janvier 2009¹¹⁵⁴, où la Cour de cassation, pour approuver les solutions des juges du fond tenant les sociétés en cause pour inopposables, ne se borne pas à leur donner raison quant à leur appréciation de la fictivité de ces sociétés mais prend également le soin de relever que le recours à ces structures n'était motivé que par la volonté d'éluder l'application des règles fiscales impératives¹¹⁵⁵.

¹¹⁵⁰ n°12-22.118, *Rev. sociétés* 2014. 569, note B. LECOURT.

¹¹⁵¹ La soustraction de biens du débiteur à la poursuite de ses créanciers au moyen notamment de la constitution d'une société.

¹¹⁵² n° 90-21.997, *Dr. sociétés* 1993, comm. 111, note Th. BONNEAU ; *D.* 1994, somm. p. 201, obs. J.-R. BOUYEURE.

¹¹⁵³ n°06-14262, *Dr. sociétés* 2007, 174 note R. MORTIER ; *BJS* 2007, p. 1094 note N. MATHEY ; M. COZIAN « Abus de droit, apport-cession et apport-donation : la Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ? », *JCP E* 2007, 2100)

¹¹⁵⁴ n° 07-20.097, *Dr. sociétés* avr. 2009, obs. M.-L. COQUET ; *RTD com.* 2009, p. 568 note C. CHAMPAUD.

¹¹⁵⁵ L'application du barème légal prévu par l'article 762 (devenu art. 699) du Code général des impôts dans les deux cas. V. *infra* n°506 et s.

413. De ce fait, on pourrait formuler l'hypothèse que les tribunaux ne semblent accepter de donner un effet rétroactif au constat de fictivité qu'ils dressent qu'à la condition que cette fictivité accompagne un dessein frauduleux identifié et dans la seule mesure nécessaire à la neutralisation de cette fraude¹¹⁵⁶. La levée rétroactive du voile de la personnalité morale instrument d'un montage frauduleux serait alors le moyen nécessaire et suffisant d'empêcher l'obtention du résultat indu, de neutraliser la fraude, et s'imposerait alors comme la sanction naturelle de la manœuvre conformément à ce que commande la maxime *fraus omnia corrumpit*¹¹⁵⁷. Aussi, le voile de la personnalité juridique de la structure ne sera percé rétroactivement que dans la mesure nécessaire à la neutralisation de la fraude, et l'action en sera partant réservé à ceux aux intérêts légitimes desquels la fraude porte atteinte.

C'est sous ce prisme que peuvent vraisemblablement être compris les arrêts évoqués qui acceptent de sanctionner d'inopposabilité rétroactive la société fictive, conformément à la logique générale de la sanction de la fraude qui « consiste à frapper d'inefficacité le résultat frauduleusement obtenu »¹¹⁵⁸. Et l'on comprend volontiers cette dérogation exceptionnelle à la non rétroactivité de principe de la levée du voile, les juges estimant que l'impératif de neutraliser les effets de la fraude doit triompher sur toute autre considération¹¹⁵⁹.

414. La fraude suffirait-elle à obtenir l'inopposabilité, rendant la caractérisation de la fictivité superflue ? – Notons accessoirement que si tel devait être effectivement l'état du droit positif, on serait même enclin à relativiser l'importance jouée par la notion de fictivité dans les arrêts mentionnés. On pourrait en effet être tenté de croire que la fraude suffit par elle-même à obtenir la levée rétroactive du voile d'une structure sociale, en application du principe *fraus omnia corrumpit* ainsi que cela est parfois illustré en

¹¹⁵⁶ Une telle solution étant aisée à expliquer : « quelles que soient les excellentes raisons qui conduisent le législateur, national ou communautaire, à supprimer les cas de nullité, certains principes fondamentaux “chargés de pensée morale” doivent être appliqués. La Cour de cassation n'oublie pas que, selon la tradition juridique la mieux établie, la fraude justifie une “exception à toutes les règles” ; il convient donc de tirer “toutes les conséquences juridiques d'une fraude à la loi d'ordre public” » (P. DIENER, « Un abus de personnalité morale : les sociétés en sommeil », *art. cit.*, n°85 p. 120).

¹¹⁵⁷ J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, Dalloz 1957, p. 210 et s. et spéc. p. 390 : « la sanction de la fraude consiste à frapper d'inefficacité le résultat frauduleusement obtenu ».

¹¹⁵⁸ V. G. VIDAL, *ibid.* p. 390

¹¹⁵⁹ Rapp. P. DIENER, note sous CA Paris, 16 novembre 1993, *BJS* 1994, p. 73 et s.

jurisprudence¹¹⁶⁰, ou du mécanisme de l'action paulienne¹¹⁶¹. De sorte que la démonstration de la fictivité de la structure ne serait finalement qu'un élément presque superflu, encore qu'elle puisse servir d'indice de l'existence d'une fraude.

À suivre donc cette hypothèse, la fictivité ne serait alors qu'un élément parmi d'autres utiles à débusquer la fraude, mais ne pourrait à elle seule emporter une levée de voile rétroactive, tandis que la sanction naturelle de la fraude serait l'inopposabilité rétroactive de la société, indépendamment de la fictivité de cette dernière.

En d'autres termes, en plus de ne pas être une condition suffisante à la sanction d'inopposabilité rétroactive, la fictivité de la structure ne serait peut-être même pas une condition nécessaire au déclenchement de cette sanction.

Dans cette perspective on pourrait même formuler l'hypothèse selon laquelle le recours à la conception traditionnelle de la fictivité serait un moyen – un prétexte ? – utilisé parfois par les juges pour sanctionner les hypothèses de sociétés constituées dans une finalité frauduleuse, en échappant à l'embarrassante nécessité théorique d'une démonstration de la participation de tous les associés à la fraude¹¹⁶² (classiquement la fraude ou la cause illicite de la société ne permet l'anéantissement de la structure qu'à la condition de prouver la complicité de tous les associés¹¹⁶³). Aussi afin de neutraliser les effets d'une fraude évidente, les juges pourraient être tentés de faire feu de tout bois et justifier formellement leur décision par le prétexte d'une fictivité caractérisée par un défaut d'*affectedio societatis*, tandis que la motivation profonde de leur solution résiderait dans la seule finalité de faire obstacle à l'obtention des effets juridiques frauduleusement recherchés.

¹¹⁶⁰ V. not. Cass. civ. 3^{ème}, 3 mars 2007, (n° 06-11.798, *Bull. civ.* 2007, II, n° 122 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 215, note R. MORTIER ; *D.* 2007, p. 1344 ; *BRDA* 11/2007, p. 2) ou encore CA Grenoble, 26 mars 2012 (no 11/02714, *SCI Malafate*, *BJS* 2012, p. 777, note E. NAUDIN ; *Dr. Sociétés* 2012, n°99, note H. HOVASSE ; CA PARIS, 10 sept. 1993, *JCP E* 1994 II, 584, note B. H. DUMORTIER) où la fictivité n'est pas évoquée alors que la fraude seule semble suffire à obtenir l'inopposabilité de la structure personnalisée.

¹¹⁶¹ V. B. LECOURT, *art. cit. spéc.* n°76, p. 648 et rapp. Cass. com. 19 avr. 1972, *Rev. Sociétés* 1973, p. 81 note J.-H.

¹¹⁶² Rapp. Cass. 3^e civ., 18 déc. 2007, no 06-21.897, *Dr. sociétés* 2008, comm. 121, note R. MORTIER (le montage en l'espèce avait pour but l'organisation d'une fraude de nature paulienne, et c'est la prise en considération de cette finalité qui expliquerait, selon M. Mortier, la solution retenue (*note précitée*) ; CA Grenoble, 1^{re} civ., 26 mars 2012, n° 11/02714, Campagne épse Codridex c/ SCI Mafate ; *Dr. sociétés* 2012, comm. 99, note H. HOVASSE ; *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 777, § 424, note F.-X. LUCAS : il s'agissait en l'espèce d'un « montage frauduleux conçu par un mari adultère en vue de soustraire à la communauté entre époux un immeuble acquis avec sa maîtresse via une SCI. » (F.X. LUCAS, *note précitée*) ; rapp. encore Cass. 3^e civ., 22 juin 1976, n° 74-10.119, *D.* 1977, jur., p. 619, note P. DIENER. Rapp. P. ROUAST-BERTIER, *art. cit.* n°39.

¹¹⁶³ V. not. Cass. com., 28 janv. 1992, n° 90-17389, *Bull. civ.*, IV, n° 36 ; *JCP E* 1992, I, 154, obs. A. VIANDIER, *spéc.* n° 4 ; *BJS* 1992, p. 419, n° 133, note P. Le CANNU ; *D.* 1993, p. 23, note J.

415. Sans forcément soutenir cette dernière conclusion audacieuse, on retiendra en tout cas *a minima* que la fictivité de la société n'emporte de conséquences rétroactives par l'inopposabilité de la société et le rattachement des droits, des actes et des obligations au maître de l'affaire, que dans les hypothèses où la société fictive est l'instrument d'un dessein frauduleux, et seulement dans la stricte mesure que commande la neutralisation de cette fraude.

Ainsi, le voile de la personnalité juridique de la structure ne sera donc percé rétroactivement que dans la mesure nécessaire à la neutralisation de la fraude, et l'action en sera partant réservé à ceux dont les droits sont atteints par celle-ci¹¹⁶⁴.

De ce fait, on ne saurait soutenir, au rebours de certaines présentations traditionnelles qui ont toujours cours, que le défaut d'*affectio societatis*, ou tout autre élément du

PAGES ; *JCP G* 1993, II, 21994, note A. TISSERAND ; *Dr. sociétés* 1992, comm. n° 75, note T. BONNEAU.

¹¹⁶⁴ Deux décisions cependant pourraient faire douter de cette conclusion. Tout d'abord, un arrêt déjà évoqué de la chambre commerciale en date du 4 octobre 2011 (n° 09-162.93, *BJS* 2012, p. 19 note I. PARACHKEVOVA) pourrait faire douter de cette analyse. Par cet arrêt non publié, la Cour de cassation acceptait de déclarer l'associé unique d'une société fictive tenu personnellement des dettes de cette dernière, sans faire nullement référence à un quelconque élément de nature à caractériser une fraude. Cet arrêt avait la particularité cependant de concerner une société qui faisait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire. Or il est constant qu'en matière de procédure collective, les créanciers d'une société fictive sont en droit d'en demander l'extension au maître de l'affaire. Nous mettons plus loin en évidence que dans ce cadre, la fictivité ne s'entend nullement comme sanctionnant un vice affectant le contrat de société mais seulement un dysfonctionnement de la personne morale (v. *infra* n° 416 et s.) or à la lumière de cette explication, l'arrêt du 4 octobre 2011 que se comprend sans difficultés. Ensuite, la jurisprudence relative aux « *single ship companies* » fictives et dans la lignée de laquelle s'inscrit l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 14 juin 2016 (Cass. com. 14 juin 2016, n°14-18671 *Droit des sociétés*, déc. 2016, comm. 203, R. MORTIÈR ; *Revue des sociétés* 2017 p.81, note V. THOMAS ; *BJS* 2016 note J.-P. LEGROS) pourrait être envisagé. Par cette décision, la Cour valide une saisie conservatoire opérée par application de la convention de Bruxelles du 10 mai 1952 sur un navire appartenant à une société déclarée fictive, par les créanciers du maître de l'affaire.

Le raisonnement des juges du fond repris par la Cour de cassation, consista à l'évidence à déduire de la fictivité de la société que le navire qui était formellement sensé lui appartenir et qui faisait l'objet de la saisie conservatoire, devait en réalité être considéré comme la propriété du maître de l'affaire, ce qui autorisait la saisie conservatoire menée par les créanciers de ce dernier.

Ce raisonnement, qui suppose de considérer le maître de l'affaire comme étant le véritable propriétaire du navire antérieurement à la déclaration de fictivité, implique bel et bien que les juges aient donné à la fictivité qu'ils établissent un caractère rétroactif. Or, au rebours de l'hypothèse que nous avons formulé, la décision de la Cour de cassation paraît dépourvue de toute référence à l'idée de fraude.

Il est toutefois possible de rattacher ici aussi cette jurisprudence à la matière des procédures collectives, et elle s'explique par les critères utilisés dans ce cadre et qui tiennent pour l'essentiel au non respect de la logique de la personne morale ainsi qu'on le mettra en évidence (v. *infra* n° 416 et s.). Il est possible de comprendre en effet que dans cet arrêt les juges aient simplement appliqués par anticipation des critères de la fictivité utilisés dans le cadre de la procédure collective afin de ne pas voir un actif précieux de la procédure collective éventuelle, s'évanouir dans la nature. Comme en matière de faillite, il s'agissait ici avant tout pour le créancier de « reconstituer le patrimoine de son débiteur » défaillant (J. P. LEGROS, note sous l'arrêt, précité) et c'est ce qui explique que les critères de fictivité utilisés en matière de procédure collective soient appliqués en amont de celle-ci, par anticipation.

contrat de société, trouve son effectivité garantie par le biais de la simulation et de l'inopposabilité des sociétés fictives.

B. La sanction de la fictivité en procédure collective

416. Privation du bénéfice de la limitation de responsabilité – Par la loi du 26 juillet 2005, le législateur est venu consacrer à l'article L 621-2 du Code de commerce¹¹⁶⁵ une solution jurisprudentielle acquise¹¹⁶⁶ voulant que la démonstration de la fictivité d'une structure personnifiée, objet d'une procédure collective, puisse entraîner l'extension de cette dernière au maître de l'affaire.

Par ce biais, même si ce n'est pas la déconstruction de tous les effets produits par la personne morale fictive qui sera mise en œuvre, à l'instar de ce que permettrait une nullité rétroactive, la fusion des patrimoines qu'opère cette extension de procédure a pour conséquence de faire peser le poids des dettes souscrites par la personne morale sur le patrimoine des maîtres de l'affaire. La sanction permet donc de neutraliser le jeu de la limitation de la responsabilité que la SSPRL aurait du offrir.

417. Une sanction vigoureuse mais qui ne sanctionne pas le respect des exigences de la société : présentation – Au contraire de la nullité en la matière, cette mesure est donc intrinsèquement dotée de rétroactivité puisqu'elle vient affecter les dettes déjà nées dans le patrimoine de la personne morale. De ce fait, la mesure devrait permettre de garantir effectivement les exigences qu'elle sanctionne¹¹⁶⁷. Reste cependant à déterminer précisément ce qu'elle sanctionne.

Or, au rebours de ce qui ressort de la présentation traditionnelle, les décisions qui usent de la notion de fictivité pour étendre la procédure collective de la structure au maître de l'affaire, ne semblent pas non plus pouvoir s'expliquer par un vice afférent au contrat de société sous-jacent. Il paraît au contraire que les tribunaux ne décident

¹¹⁶⁵ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.V. not. C. SAINT ALARY-HOUIN, « L'action en extension d'une procédure collective dans les groupes de sociétés, une action à parfaire ! », in *Liber amicorum, Mél. en l'honneur de Ph. Merle*, Dalloz, 2013, p. 637 et s.

¹¹⁶⁶ V. not. Cass. com. 19 fevr. 2002 n°98-20.578, *Droit et patrimoine* 2002, n°106, p. 104, note D. PORACCHIA ; *JCP E* 2002. 1677, note J.-P. LEGROS; *JCP G* 2003, II. 10148, note AYISSI MANGA.

¹¹⁶⁷ Rappr. *supra* n° 378 et s.

de l'extension de procédure collective sur le fondement de la fictivité que lorsqu'ils constatent une méconnaissance des règles de fonctionnement de la personnalité morale.

La fictivité ne serait alors plus « tant celle de la société que celle de sa personne morale »¹¹⁶⁸ et nombreux sont désormais les auteurs à décrire l'émergence de cette acception renouvelée de la fictivité fondée moins sur la logique contractuelle de la simulation, que sur un contrôle de la régularité du fonctionnement de la structure personnifiée au regard de la logique structurelle de la personne morale¹¹⁶⁹.

418. Facteurs d'évolution de la notion de fictivité dans ce cadre – Une telle évolution s'explique en réalité assez facilement compte tenu de la perte de résonance des différents critères de la société, à commencer par l'*affectio societatis* en droit positif des structures sociales personnifiées – principalement au sein des « sociétés de capitaux », lesquelles alimentent l'essentiel du contentieux de l'extension de procédure collective en conséquence de la fictivité¹¹⁷⁰.

En effet dans un contexte marqué par la multiplication des phénomènes de droit positif qui contredisent, parfois ouvertement ainsi qu'on l'a vu, la conception traditionnelle de l'*affectio societatis*¹¹⁷¹, on comprend qu'il devient bien délicat pour les juges d'analyser un défaut d'*affectio societatis* en tant que symptôme d'une pathologie des structures qu'ils appréhendent¹¹⁷². En outre, l'incertitude qui entoure aujourd'hui tant la portée positive que le contenu de cette notion doit inciter à d'autant plus de prudence dans son emploi que les effets juridiques qui lui sont attachés sont susceptibles d'être d'une exceptionnelle gravité : par la levée du voile protecteur en procédure collective, c'est de la limitation de leur responsabilité que les associés risquent d'être privés¹¹⁷³, les juges sont ainsi naturellement hésitants à

¹¹⁶⁸ L. COMANGES, « Le dangereux paradoxe des sociétés fictives », *art. cit.*, n°6.

¹¹⁶⁹ V. par exemple en ce sens, L. COMANGES, « Le dangereux paradoxe des sociétés fictives », *art. cit.* ; J.-J. DAIGRE, v° « Sociétés fictives » in *Répertoire de droit des sociétés Dalloz*, n°6 et n°17 et s. ; C. BAILLY-MASSON, « La fictivité, une épée de Damoclès disparue », *art. cit.* ; P. ROUAST-BERTIER, « Sociétés fictives et simulation », *Rev. des sociétés* 1993, p. 725 et s. ; I. PARACHKEVOVA note sous Cass. com., 4 oct. 2011, *BJS* 2012, p. 19 ; A. CONSTANTIN, note sous Cass. com. 22 juin 1999, *Revue des Sociétés* 1999 p. 824 ; J.-J. DAIGRE note sous Cass. com. 21 nov. 1995, *JCP É* 1996, p. 852, et spéc. n°8

¹¹⁷⁰ V. *supra* n° 390.

¹¹⁷¹ *Idem.*

¹¹⁷² Rappr. C. BAILLY-MASSON, « La fictivité, une épée de Damoclès disparue », *art. cit.*, spéc. p. 6, évoquant la « *desaffectio societatis* ».

¹¹⁷³ Rappr. I. PARACHKEVOVA note sous Cass. com., 4 oct. 2011, *BJS* 2012, p. 19

prononcer une telle sanction sur la seule foi d'un concept aussi incertain et controversé que l'*affectio societatis*.

419. Émergence d'une conception moderne de la fictivité reposant sur le fonctionnement de la personne morale – Tandis que les exigences de la société apparaissent de plus en plus étrangères au droit moderne des structures personnifiées¹¹⁷⁴, l'usage que font les tribunaux de la fictivité s'oriente donc essentiellement vers un contrôle du respect de la logique propre de la personnification¹¹⁷⁵. Autrement dit, la *société* (en son sens premier) ayant déserté le terrain conceptuel des structures sociales personnifiées, ce n'est plus qu'à la logique de la personnalité morale que les juges peuvent se rattacher pour apprécier de la « sincérité » d'une structure ; il y a plus d'un siècle déjà que le doyen Rousseau avait pressenti cette évolution¹¹⁷⁶.

Aussi, en tant qu'il est courant de considérer que la personnalité morale implique, selon les conceptions, l'existence d'un intérêt propre, d'une volonté propre, ou encore selon une conception plus moderne, qu'elle réalise l'affectation de moyens à un but donné¹¹⁷⁷, la notion de fictivité tendrait logiquement à sanctionner le respect de l'autonomie patrimoniale, de l'autonomie décisionnelle, de la poursuite par les associés d'un intérêt distinct du leur, ou encore de l'existence et de la régularité des procédures formelles censées encadrer la vie de la structure (tenue régulière des assemblées générales, d'une comptabilité, etc.)¹¹⁷⁸.

Le plus fréquemment bien sûr, ces différents vices de fonctionnement se cumulent et ce sont plusieurs d'entre eux qui sont relevés dans les attendus de la Cour de cassation¹¹⁷⁹, parfois de conserve avec des critères plus traditionnels de la fictivité¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁴ V. *supra* Section 1, n° 272 et s.

¹¹⁷⁵ Rappr. P. ROUAST-BERTIER, « Sociétés fictives et simulation », *art. cit.* n°15.

¹¹⁷⁶ V. H. ROUSSEAU, note sous Req., 13 mai 1929, S., 1929, 1, p. 289 et s. : « La société anonyme dépasse la volonté des individus qui la créent. Ce qu'ils ont voulu faire n'importe pas. La recherche des intentions individuelles est inutile... Pour faire disparaître une société anonyme, on ne pourra donc jamais agir en simulation parce que la société existe réellement du moment où elle présente les apparences d'une société anonyme, et agit comme telle ».

¹¹⁷⁷ V. not. pour la présentation de ces différentes conceptions, N. MATHEY, *Recherches sur la personnalité morale en droit privé, th. cit.*

¹¹⁷⁸ On pourrait encore évoquer, au titre de ces nouveaux critères de la fictivité, la prise en compte de l'apparence d'une unité de structure ; v. P. ROUAST-BERTIER, *art. cit.* n°16, rappr. Cass. com. 1^{er} mars 1994, *Bull. civ.* IV, n°93.

¹¹⁷⁹ V. par exemple Com. 30 octobre 1967, *RTD Com.*, 1968, p.131, obs. R. HOUIN, la Cour acceptant d'étendre la faillite de la SA à son PDG à raison de sa fictivité, laquelle se déduisait, en plus du fait que le président était le seul apporteur, les autres n'étant que des prête-noms, de l'absence de toute vie sociale (ni les assemblées générales, ni les conseils d'administration n'étant jamais convoqués), du fait que le président considérait les biens sociaux comme les siens propres, ne tenait aucune comptabilité et ne rendait jamais de comptes.

Et hormis quelques décisions où la fraude vient servir de justification première, il apparaît bien que chaque fois que les juges de cassation acceptent le prononcé de la fictivité d'une structure, c'est à raison d'un fonctionnement défaillant au regard des exigences de la logique de personnification évoquées.

420. Le défaut d'autonomie décisionnelle – Ainsi, dans un arrêt du 4 mars 1997 de la chambre commerciale de la Cour de cassation¹¹⁸¹, comme dans celui rendu le 15 octobre 2013¹¹⁸², ou encore dans une décision de la Cour d'appel de Paris en date du 28 septembre 1993¹¹⁸³, c'est le défaut d'autonomie décisionnelle de la structure qui semble avoir commandé la levée du voile de la personne morale, conduisant à ce que la charge de ses dettes soit supportée par les maîtres de l'affaire¹¹⁸⁴. Naturellement, la frontière entre un défaut d'autonomie décisionnelle révélateur de fictivité et la simple situation de dépendance d'une filiale vis-à-vis de la société mère ou d'une structure personnifiée unipersonnelle vis-à-vis de son associé unique n'est pas toujours aisée à tracer¹¹⁸⁵ ; de plus, par ce défaut d'autonomie décisionnelle, c'est souvent indirectement l'asservissement de la structure dépourvue d'intérêt social propre qui sera sanctionné : son utilisation au service

¹¹⁸⁰ En un sens, on pourrait rattacher à ce mouvement de renouvellement de l'acception de la fictivité axée sur la logique de la personnification, la prise en compte par les juges de la réalité de l'exploitation d'une activité économique, dont on a vu parfois les marques en jurisprudence. Car c'est alors une approche fonctionnelle de l'instrument qu'est la personne morale qui est mise en œuvre. La fictivité viserait alors sous cet angle à contrôler la conformité de la finalité de l'emploi de cet instrument qu'est la personne morale au but qui justifie l'octroi de son bénéfice. Il s'agirait alors d'une sorte de contrôle de la finalité de la structure via un contrôle de « l'abus de personnalité morale » calqué sur les conceptions de l'abus de droit défendues par L. Jossierand (Rappr. L. COMMANGES, *art. cit. spéc.* p. 17 ; P. ROUAST-BERTIER, *art. cit.* n°36. V. N. FADEL RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, préf. F. TERRÉ, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1991, et v. not. L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Arthur Rousseau 1905).

Nous avons cependant eu l'occasion de relativiser la portée de cette exigence d'entreprise dans la jurisprudence de la Cour de cassation (v. *supra*).

¹¹⁸¹ Cass. com., 4 mars 1997, *Dalloz Affaires*, 1997, n° 14, p. 449 ; *BRDA* 1997-8, p. 6, et v. déjà la solution en appel, CA Paris, 15 e Ch. A., 19 oct. 1994, *Rev. sociétés* 1995, p. 85, note M. PARIENTE.

¹¹⁸² Cass. com., 15 oct. 2013, n° 12-24.389, *Rev. sociétés* 2014, p. 253, note R. NOIROT, *Dr. sociétés* 2014, comm. 131, note J.-P. LEGROS : « attendu que l'arrêt relève, par motifs propres et adoptés, que M. X... a donné en location-gérance à la société EWB le fonds de commerce qu'il exploitait depuis 1993, moyennant le paiement de redevances qui constituaient 25 % de son chiffre d'affaires, avec le versement initial d'un dépôt de garantie de 60 000 euros, pour une activité identique à celle qu'il exerçait à titre d'artisan, la société EWB dont il était le dirigeant n'ayant fait, ainsi, que continuer l'activité qui était antérieurement la sienne, dans les mêmes locaux, sans autonomie décisionnelle ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations dont résultait le caractère fictif de la société EWB, et abstraction faite des motifs surabondants que critiquent les deuxième et troisième branches, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé »

¹¹⁸³ CA Paris, 3e ch., 28 sept. 1993, Pierrel ès qual. c/Pudet et autres, *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 68.

¹¹⁸⁴ V. encore, Cass. com. 3 nov. 1980, *Bull. civ.* IV, n° 358.

exclusif de l'intérêt du maître de l'affaire¹¹⁸⁶ au rebours de la logique primaire de la personnalité morale que caractérise traditionnellement l'existence d'un intérêt ou d'une volonté propre¹¹⁸⁷.

421. Le défaut d'autonomie patrimoniale – Le non respect de l'autonomie patrimoniale de la structure personnifiée sera quant à lui le plus souvent sanctionné par le biais de la confusion de patrimoines, conduisant à une extension de procédure collective. Un temps assimilée à la fictivité¹¹⁸⁸, cette notion en a été conceptuellement distinguée¹¹⁸⁹ bien qu'elle conduise pour l'essentiel aux mêmes conséquences dans le cadre d'une procédure collective, neutralisant certains des effets majeurs de la personnification via l'extension de procédure qu'elle déclenche¹¹⁹⁰ (à commencer par la limitation de responsabilité).

¹¹⁸⁵ V. J. Class, *Sociétés traité*, n°7-40 précité par A. MARTIN-SERF, n°33. Rapp. Trib. Com. de la Seine, 8 nov. 1932, *Journ. Des sociétés* 1934, 238, n. LECOMPTE : si les filiales ont une existence réelle caractérisée par une certaine autonomie, on ne saurait conclure à leur fictivité.

¹¹⁸⁶ Rapp. C. SAINT-HALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficultés*, op. cit., 11^{ème} éd., n°448, p. 279 : « La société est une façade, un prête-nom, une apparence de société. Elle n'a pas d'existence propres parce qu'elle est au service d'une autre personne. La fictivité est l'utilisation de la personnalité juridique dans l'intérêt d'une autre société. C'est une négation *ab initio* de la personnalité morale. »

¹¹⁸⁷ V. not. sur ces questions N. MATHEY, *th. cit.* ; N. BARUCHEL, op. cit., n°476 et s., p. 276 et s. ; v. aussi *supra* Partie 1. Et à propos de la portée de l'intégration de la notion d'intérêt social à l'art. 1833 du Code civil par la loi PACTE du 22 mai 2019, v. not. D. PORACCHIA, « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », *Bull. Joly Sociétés* 2019, juin 2019 n°6, p. 40 et s.

¹¹⁸⁸ V. par exemple, Cass. com., 15 janv. 1991 févr. *Bulletin Joly* 1991, p. 424 §145 ; R. CONTIN et H. HOVASSE, « L'autonomie patrimoniale des sociétés », *D.* 1971, chron. p. 197 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire, unité ou dualisme ? » *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1998, p. 451.

¹¹⁸⁹ V. Cass. com., 17 fév. 1998, *Petites affiches*, 12 juin 1998, p. 22, note B. SOINNE note Ph. PETEL ; *Bull. Joly* 1998, p. 658 ; *Dalloz Affaires* 1998, p. 426, obs. A.L. ; Cass. com., 23 juin 1998, *RTD com.* 1998, p. 924, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; *Dalloz Affaires* 1998, p. 1364, obs. A.L. . La question des rapports qu'entretenaient ces notions a pu un temps occuper la doctrine (v. not. F. GISSEROT, « La confusion des patrimoine est-t-elle une source autonome d'extension de faillite ? », *RTD com* 1979, p. 49 et s. ; J.F. BARBIERI, « Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés », *Petites affiches*, 25 octobre 1996, p. 9 ; C. SAINT-HALARY-HOUIN, « Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire, (Unité ou dualisme ?) », *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1998, p. 453 et s. *contra*, B. SOINNE, « Identité ou diversité des notions de fictivité et de confusion des patrimoines », *Petites affiches*, 1995, n° 146, p. 12), le débat semble tranché par le législateur depuis la loi du 26 juillet 2005, l'article L621-2 distinguant clairement confusion de patrimoines et fictivité, bien que les deux notions produisent essentiellement les mêmes effets sur le terrain des procédures collectives où a vocation à jouer la première (v. C. SAINT-HALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficultés*, op. cit., 11^{ème} éd., n°445 et s., p. 272 et s. ; v. cependant pour quelques nuances, B. SOINNE, « Identité ou diversité des notions de fictivité et de confusion des patrimoines, » précité). V. encore à propos du flou de la question, P. ROUAST-BERTIER, *art. cit.* n°26.

¹¹⁹⁰ V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire, unité ou dualisme ? », *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1998, p. 451 ; v. cependant, B. SOINNE, « Identité ou diversité des notions de fictivité et de confusion des patrimoines, » précité.

Cette confusion de patrimoines se caractérise essentiellement par l'existence de relations financières anormales¹¹⁹¹, de « flux financiers anormaux »¹¹⁹² ainsi qu'il en va de transferts d'un patrimoine à l'autre sans contrepartie¹¹⁹³ ou d'un état d'imbrication inextricable des éléments d'actifs et de passifs de deux patrimoines¹¹⁹⁴, soit autant de manifestation du non respect de l'autonomie patrimoniale de la personne morale ou du non respect de l'affectation de ses richesses à la poursuite de son intérêt propre, et qui s'apprécie par la Cour de cassation de manière stricte et restrictive¹¹⁹⁵.

Aussi, si elle est aujourd'hui conceptuellement distinguée de la fictivité, on s'accordera à voir dans la confusion de patrimoines « le signe d'un abus de personnalité morale »¹¹⁹⁶ en ce sens qu'elle témoigne du non respect, par ses utilisateurs, d'une imputation rigoureuse des droits et des dettes à ce point de rattachement abstrait, pivot de la logique de la personnalité morale.

Elle sanctionne donc le non respect de la logique de la personnification par une neutralisation de ses effets. Et ici encore, la déchéance du bénéfice des effets de la personnification apparaît donc commandée par le non respect de la logique structurelle de cette technique. Ce phénomène peut donc être rattaché à ce mouvement de contrôle du respect de la logique interne à la personnification.

De plus, remarquons qu'au delà de ce cadre désormais singularisé de la confusion de patrimoine, il n'est pas rare que quelques circonstances marquant le défaut d'autonomie patrimoniale soient prises en considération comme indice de la fictivité – proprement dite – d'une structure, et il en ira ainsi par exemple en jurisprudence,

¹¹⁹¹ V. C. SAINT-HALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficultés*, op. cit., 11^{ème} éd., n°447, p. 275.

¹¹⁹² V. not. Cass. com. 10 juill. 2012, n°11-18973, *Rev. proc. coll.* Janv. 2013, n°2, p. 27, obs. B. SAINTOURENS.

¹¹⁹³ V. not. Cass. com. 20 janv. 2009, n°07-16558, *Gaz. proc. coll.* 28 avr. 2009, p. 19, note F. REILLE ; C. SAINT-HALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficultés*, op. cit., 11^{ème} éd., n°447, p. 275.

¹¹⁹⁴ Cass. com. 24 octobre 1995, *RJDA* 2/96, n°266. C. SAINT-HALARY-HOUIN, *ibid.*

¹¹⁹⁵ V. par exemple Cass. com. 19 avr. 2005, n° 05-10.094 (*Metaleurop*), *Bull. civ.* IV, n° 92 ; *D.* 2005. 1225, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2005, p. 541, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Rev. sociétés* 2005, p. 897, note D. ROBINE et J. MAROTTE ; *Mélanges Jestaz*, op. cit., p. 503, étude E. SCHOLASTIQUE.

¹¹⁹⁶ C. SAINT-HALARY-HOUIN, *ibid.* ; v. également N. FADEL-RAAD, op. cit., n°214 et s. p. 203 et s.

lorsque le maître de l'affaire ponctionne, au prétexte de différentes conventions, la moitié du chiffre d'affaire de la société¹¹⁹⁷.

422. L'irrespect des rites sociétaires et des formalités de vie sociale – Encore, le non respect des procédures de fonctionnement de l'organisme personnifié, l'absence de réalisation des « rites sociétaires »¹¹⁹⁸, constitue également un indice fréquemment pris en compte par la Cour de cassation pour caractériser la fictivité d'une structure. Il peut ainsi s'agir d'une absence de tenue d'assemblées générales¹¹⁹⁹, de l'absence de fonctionnement des organes sociaux ou encore de l'absence de tenue d'une comptabilité régulière¹²⁰⁰. Ces irrégularités formelles accompagnent souvent des irrégularités « de fond »¹²⁰¹ et peuvent naturellement en constituer les révélateur : le défaut de tenue de comptabilité sera par exemple souvent un indice d'une confusion de patrimoines, le défaut d'assemblées générales pourra être le signe que la structure est en réalité asservie aux seuls intérêts du maître de l'affaire¹²⁰², etc.

423. Tendances à la prééminence de cette conception renouvelée de la fictivité – Ainsi, à tout le moins dans le cadre du mécanisme d'extension de procédure collective, la fictivité d'une structure semble s'entendre essentiellement d'un vice de fonctionnement de la personnalité morale ; d'un fonctionnement qui est en contradiction avec la logique structurelle de la technique de la personnalité morale. La lecture des arrêts rendus en la matière au cours du demi-siècle passé permet de se convaincre assez aisément de cet état du droit¹²⁰³.

¹¹⁹⁷ V. I. PARACHKEVOVA, note sous Cass. com., 4 oct. 2011, n° 09-16.293, *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 19 ; v. P. ROUAST-BERTIER, *art cit.* n°11 ; v. aussi, Com. 30 octobre 1967, *RTD Com.*, 1968, p.131, obs. R. HOUIN.

¹¹⁹⁸ I. PARACHKEVOVA note sous Cass. com., 4 oct. 2011, *BJS* 2012, p. 19.

¹¹⁹⁹ V. not. Cass. com., 21 mai 1963, n°61-13.827, *Bull. civ.* III, n°245.

¹²⁰⁰ V. par exemple Cass. com., 30 oct. 1967, no 64-13.784, *Bull. civ.* III, n°346, qui relève entre autres éléments, l'absence de toute convocation du conseil d'administration et de toute comptabilité.

¹²⁰¹ V. not. Cass. civ. 3^{ème}, 10 oct. 2007, n°05-18.076, *BRDA* 2007, n°21, p. 3 ; *RJDA* 1/2008, n° 39 ; Cass. com., 9 juin 2009, n° 07-20.937, *Rev. sociétés* 2009, p. 781, note N. MATHEY.

¹²⁰² Rapp. Cass. com., 21 mai 1963, n° 61-13.827, *Bull. civ.* III, n° 245.

¹²⁰³ V. not. F. AUBERT, M.-C. PINIOT, « Personnalité morale et procédure collectives dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation : de la confrontation à la conciliation », *Mélanges P. Bézard*, Montchrestien 2002, p. 287 et s., spéc. p. 290 et s. V. par ex. Cass. com., 4 oct. 2011, n° 09-16.293, *RJDA* 2012, no 53, *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 19, note I. PARACHKEVOVA ; Cass. civ. 3^{ème}, 10 oct. 2007, n° 05-18.076, *BRDA* 2007, n°21, p. 3 *RJDA* 1/2008, n° 39 ; Cass. com., 9 juin 2009 (n° 07-20.937 ; *Rev. sociétés* 2010, p. 781, note N. MATHEY) ; Cass. com., 4 mars 1997, *Daloz Affaires*, 1997, n° 14, p. 449, *BRDA* 1997-8, p. 6, et v. déjà la solution en appel, CA Paris, 15 e Ch. A., 19 oct. 1994, *Rev. sociétés* 1995, p. 85, note M. PARIENTE.

Et partant, tandis que le non respect de la logique structurelle de la personne morale dans son fonctionnement s'affirme désormais en jurisprudence comme élément de justification quasi systématique de la fictivité, l'importance que semblent attacher les tribunaux au défaut d'*affectio societatis* décroît corrélativement¹²⁰⁴.

424. Dans le cadre de litiges relatifs à l'extension de procédure collective, les rares arrêts où la Cour de cassation laisse encore transparaître de sa motivation un attachement à une acception traditionnelle de la fictivité concernent des hypothèses où la Cour conclut à l'absence de fictivité¹²⁰⁵.

Ces rares décisions pourraient donc s'expliquer simplement par l'idée qu'il est plus facile pour les juges, lorsqu'ils n'estiment pas la structure fictive, de fonder la justification de leur appréciation sur la conception classique plutôt que de se lancer dans l'incertaine entreprise consistant à lister les critères d'une approche renouvelée de la fictivité et dont la réunion ferait en l'espèce défaut. Le plus souvent, analysait Michel Despax, « le juge hésite à donner tout crument les véritables motifs de sa décision, il cherchera alors à cacher sous un apparent classicisme la hardiesse de ses solutions »¹²⁰⁶ ; et le défaut d'*affectio societatis* offre ainsi un argument facile de cassation, il permet autrement dit une « motivation paresseuse qui dispense de chercher un soutien véritable à une décision que l'on a cru discerner intuitivement »¹²⁰⁷.

425. Une acception de la fictivité traduisant une conception mécaniste de la personnalité morale – Le triomphe de cette acception moderne de la fictivité dans ce cadre, qui repose essentiellement sur l'exigence de respect de la logique interne de la personnalité morale révèle incidemment le peu de considération pour les finalités, les fonctions, de ces instruments juridiques : les structures personnifiées s'affirment ainsi comme des instruments laissés à la disposition des individus qui sont libres d'en user à

¹²⁰⁴ V. P. ROUAST-BERTIER, *art. cit.*, et not. n°13.

¹²⁰⁵ V. Cass. com., 3 février 1998, (*Bull. Joly Sociétés*, 1998, p. 654, § 219, note J.-J. DAIGRE ; *D. Affaires*, 1998, p. 174 ; *JCP E* 1998, n° 17, p. 652, obs. P. PETEL) ; Cass. Com. 11 mars 2008, n° 06-19.968 et n° 06-20.081 (2 arrêts) (*Dr. sociétés* 2008, comm. 116, note M.-L. COQUELET ; *RTD com.* 2008 p.773, note C. CHAMPAUD et D. DANET).

¹²⁰⁶ M. DESPAX *th. cit.* p. 59.

¹²⁰⁷ G. ROUHETTE, « Rapport français sur la force obligatoire du contrat », in D. TALLON, D. HARRIS (dir.), *Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 27 et s., spéc. n°11, p. 38.

quelque fin que ce soit tant qu'ils s'astreignent au respect de la logique de fonctionnement de la technique : son autonomie patrimoniale et son autonomie décisionnelle, via le respect formel des procédures et des rituels de fonctionnement¹²⁰⁸.

426. Conclusion de paragraphe – La notion de fictivité mérite notre attention en ce qu'elle est parfois assortie de sanctions vigoureuses. Susceptible de déclencher l'inopposabilité de la structure ou une extension de procédure collective, la déclaration de fictivité emporte parfois ses effets pour le passé, en permettant de rattacher aux acteurs sous-jacents à la structure les droits, obligations ou agissements passés, qui formellement auraient dû être imputés à cette dernière. La sanction de la fictivité échappe alors aux entraves qui grèvent l'effectivité de la nullité en la matière, laquelle se résume à une dissolution-liquidation dont on a vu les faiblesses¹²⁰⁹ et peut partant neutraliser le bénéfice de limitation de responsabilité.

Cependant, il apparaît à l'analyse que dans les cas de figures où de tels effets sont déclenchés, la « fictivité » dont il est question ne renvoie nullement à une méconnaissance du contrat de société. Ces sanctions ne sont en effet déclenchées que par une méconnaissance des règles de fonctionnement formel de la personnalité morale dans le cadre d'un litige en extension de procédure collective, ou lorsque la structure personnifiée apparaît comme l'instrument d'un dessein frauduleux que l'inopposabilité permet de neutraliser.

Aussi, on ne saurait voir dans la fictivité un mécanisme permettant de redonner aux exigences de la *société*, bornes théoriques du régime, un regain d'effectivité susceptible de compenser l'affaiblissement de la nullité.

Conclusion de section

427. Parce que la nullité d'une structure personnifiée est susceptible d'entraîner des conséquences redoutables, essentiellement pour la sécurité juridique des tiers, le choix a été fait non seulement d'amputer cette sanction de sa rétroactivité naturelle, mais encore de

¹²⁰⁸ Rappr. B. GRIMONPREZ, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *art. cit.*, spéc. n°8.

¹²⁰⁹ V. *supra* n°372 et s.

construire un régime d'action en nullité extrêmement rigoureux, aboutissant à rendre exceptionnel le prononcé d'une telle sanction.

Assurément, les entraves et limites apportées à cette sanction ne sauraient être sans effet sur les exigences qu'elle avait vocation à garantir. En ce qui concerne le contrat de société, condition théoriquement essentielle au bénéfice du régime d'une structure sociale personnifiée et de la limitation de responsabilité susceptible d'en découler, il est particulièrement remarquable qu'aucun de ses éléments caractéristiques ne soit aujourd'hui sanctionné de nullité en matière de SSPRL, cette sanction n'étant plus réservée qu'à quelques hypothèses d'école.

Et si, à la marge, quelques sanctions subsidiaires peuvent en certaines hypothèses conférer aux exigences tirées du contrat de société une relative et inégale effectivité, il semble que dans l'ensemble, cette notion apparaît bel et bien dépourvue des outils aptes à lui conférer le rôle effectif de gardien du champ d'application des SSPRL, ainsi que du bénéfice de limitation de responsabilité qui en découle.

Reste la sanction de la fictivité de la structure qui, dans le cadre d'une procédure collective, est susceptible de déclencher de vigoureux effets aptes à priver du bénéfice de limitation de responsabilité ses utilisateurs. Néanmoins, il appert à l'analyse que le prononcé de la fictivité ne tend nullement à sanctionner un vice du contrat de société mais seulement une utilisation de celle-ci qui ne serait pas conforme à la logique de la personnification. Pour bénéficier du régime des structures sociales personnifiées, il suffirait ainsi de « jouer le jeu » de la personnalité morale en respectant, en plus des formalités de constitution et de publicité, la stricte affectation de ses droits et de ses dettes, et en se pliant aux rites sociétaires.

Conclusion de chapitre

428. La place qu'occupe encore la notion de société dans le droit des SSPRL semble ne plus relever que du mythe fondateur ; la conception traditionnelle selon laquelle ces structures personnifiées reposeraient sur un contrat de société nous est apparu avoir perdu prise avec le droit positif. Naturellement, ce phénomène impacte le champ d'application de

ces structures et par voie de conséquence, le champ d'application du régime de limitation de responsabilité auxquelles celles-ci donnent droit et qui nous occupe.

À suivre la représentation traditionnelle en effet, le bénéfice de limitation de responsabilité serait enfermé dans un cadre strict que borneraient les conditions d'accès à une SSPRL. Or dans la mesure où celles-ci sont en principe essentiellement indexées sur le contrat de société – si l'on met à part quelques formalités constitutives telle que l'immatriculation – le phénomène de sape de la consistance et de l'effectivité de la notion de société en droit des SSPRL conduit à une périlleuse errance du champ d'application de ce régime de limitation de responsabilité.

429. Au cours de cette analyse, il nous est en effet apparu d'une part que les régimes de SSPRL de droit contemporain s'accommodaient allègrement de contradictions manifestes aux éléments caractéristiques et essentiels du contrat de société ; et d'autre part que les exigences du contrat de société étaient en tout état de cause largement dépourvues des moyens d'assurer leur effectivité en tant que bornes du champ d'application des SSPRL. Aucun de ces deux phénomènes n'appelle cependant nécessairement pour lui-même la critique : il paraît tout à fait concevable dans l'absolu que les exigences tirées de la nature des liens unissant les membres d'une SSPRL (le contrat de société) soient parfois perçues comme d'anachroniques et de trop rigides contraintes au regard des enjeux que brassent ces structures, lesquelles semblent aujourd'hui essentiellement appréhendées au travers du berceau potentiel d'emploi, d'activité économique et de croissance qu'elles constituent. Et l'on ne saurait s'élever contre le législateur souverain qui déciderait d'affranchir le secteur économique des vieilles brides du droit civil.

Ce qui paraît en revanche profondément néfaste est que ce mouvement de rupture des SSPRL vis-à-vis de la société ne soit pas davantage perçu et que les enseignements qu'il appelle ne soient pas tirés.

Le défaut de prise en compte de cette rupture conduit en effet d'une part à une défiguration de la notion de société qui résulte de l'acharnement avec lequel on s'emploie à lui faire absorber les divers phénomènes que le droit positif des SSPRL fait régulièrement naître et qui semblent pourtant inconciliables avec l'essence de cette notion – comme de celles utiles à sa définition (ainsi notamment de l'*affectio*

societatis). En cela on déplore un funeste appauvrissement du droit et de la science du droit.

D'autre part et surtout, le maintien artificiel de la présentation classique – dans le Droit comme dans la doctrine – occulte l'errance effective du champ d'application de ces structures et du bénéfice de limitation de responsabilité auquel elles donnent droit. Il contribue également à occulter les diverses lames de fond qui traversent la matière et sur la base desquelles il serait pertinent de reconstruire les concepts servant à son appréhension. Le maintien artificiel de cette présentation classique, qui masque la dérive incontrôlée dont la matière est l'objet, fait par là obstacle à une redéfinition rationnelle et réfléchie du champ d'application de ces structures et des effets qu'elles produisent.

CHAPITRE 2 - LE CONCEPT D'ENTREPRISE, OUTIL DE BORNAGE ALTERNATIF POSSIBLE DU CHAMP D'APPLICATION DES STRUCTURES A RISQUE LIMITE

« L'État a le devoir de régler l'emploi de la machine. (...) Une conception libérale a permis à tous d'en user sous le prétexte que chacun a le droit de contracter. Il faudrait réserver l'emploi de la société anonyme aux entreprises qui ont besoin de cette forme juridique parce que l'apport de capitaux importants leur est indispensable ».

G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*¹²¹⁰

430. L'une des causes essentielles du constat que l'on a dressé de l'émancipation des structures personnifiées à risque limité de leur berceau conceptuel initial qu'est la société semble résider dans le flot de réformes visant à une plus grande « adaptabilité du droit des sociétés aux besoins des entreprises »¹²¹¹, sous le poids desquelles sa cohérence initiale a été ensevelie¹²¹².

En effet, c'est manifestement l'objectif de « répondre aux besoins des entreprises »¹²¹³, d'adapter « le cadre juridique des sociétés aux besoins des opérateurs économiques »¹²¹⁴ ou encore d'organiser un système juridique attractif pour les investisseurs¹²¹⁵ par la mise en œuvre d'une « politique de séduction des entrepreneurs »¹²¹⁶ qui explique l'essentiel des réformes du droit contemporain en la matière¹²¹⁷, manifestement imprégnées d'une doctrine dont l'axiome premier serait :

¹²¹⁰ *Op. cit.*, p 113, n°48.

¹²¹¹ K. RODRIGUEZ, « L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés », *Bull. Jolly*, 2004, p. 330 et s.

¹²¹² V. pour une description et une analyse de ce mouvement, F. TEFFO, *op. cit.* Et rapp. Rapp. M. GERMAIN, *J. class Sociétés Traité*, Fasc 3-20 « Réformes contemporaines du droit des sociétés » qui fait observer que « la cohérence du système juridique, dans son ensemble, en pâtit d'autant que les modifications sont de plus en plus fréquentes et nombreuses, dans le but d'adapter au plus vite les règles aux dernières nécessités économiques du moment » (spéc. n°15).

¹²¹³ P. BISSARA « L'adaptation du droit français des sociétés aux besoins des sociétés et les aléas de solutions », *Rev. sociétés* 1990, p. 553 et s.

¹²¹⁴ F. TEFFO, *op. cit.* p. 227.

¹²¹⁵ K. RODRIGUEZ, *art. cit.*

¹²¹⁶ K. RODRIGUEZ, *art. cit.* spéc. II, A.

¹²¹⁷ Ainsi par exemple, lorsqu'en 1996, il est demandé au sénateur Marini de travailler à « une réforme de notre droit qui rende plus attractive donc moins formaliste et plus adaptable, l'organisation sous forme de SA et de SARL » ; v. K. RODRIGUEZ, *ibid.* Sur ces questions, v. *supra* n° 237 et s.

« ce qui est bon pour la General Motors est bon pour l'État américain »¹²¹⁸. Et l'on peut donc penser que c'est sous les coups portés par ce que l'on a pu appeler l'« instrumentalisation »¹²¹⁹ de la matière et son asservissement à des objectifs économiques à courte portée que se délita sa cohérence structurelle initiale organisée autour du concept de société.

431. Il pourrait dès lors sembler parfaitement naturel, compte tenu de cette évolution, que d'une manière ou d'une autre, la figure de l'entreprise soit érigée telle quelle dans la réglementation positive en concept cardinal de la matière afin que cette dernière soit structurée autour de la notion qui constitue aujourd'hui la véritable lame de fond de la réglementation¹²²⁰.

¹²¹⁸ J. PAILLUSSEAU « Qu'est-ce que l'entreprise ? », in *L'entreprise : nouveaux apports*, Economica, 1987, p. 11 et s., spéc. n°176, p. 80. Rapp. M. DESPAX, selon qui l'entreprise est « le support de l'emploi ; elle crée des emplois et les difficultés qu'elle rencontre, ou sa disparition, entraîneront dans un même naufrage industriel et social la disparition de ces emplois. » (« L'évolution du droit de l'entreprise », in *Mél. Savatier*, Paris, PUF, 1992, p.177, spéc. p. 179). La faveur à l'entrepreneuriat constitue en effet manifestement l'un des moteurs essentiels de notre législation et l'entreprise semble dans la pensée dominante, parée de toutes les vertus : on prétend couramment qu'elle « favorise l'expression des talents, l'esprit d'initiative, qui caractérisent le dynamisme d'un pays et sa confiance dans l'avenir ; elle conditionne la création de richesse et d'emplois, elle irrigue les territoires ; elle diffuse les innovations ; elle est un vecteur d'intégration sociale et une chance de réussite, d'épanouissement et de réalisation personnelle pour ceux qui veulent travailler » (R. DUTREIL, *Livre blanc sur la réforme de la création d'entreprise*, août 2002 cité par L. ARCELIN, « La création d'une entreprise non viable ou les limites de l'initiative économique », *LPA*, 2 mars 2004, p 4), v. aussi l'étude de juin 2001 du Conseil économique et social sur la création et la pérennisation de l'entreprise de petite taille, également Comm. C.E., *Livre vert sur l'esprit d'entreprise en Europe*, 21 janv. 2003.

¹²¹⁹ A. MARTIN-SERF, « L'instrumentalisation du droit des sociétés », *R. J. com.* 2002, p. 108, que l'auteur définit comme une construction du droit « non plus en fonction de principes directeurs ou d'a priori intellectuels ou idéologiques, mais dans la perspective délibérée d'attirer, de séduire et de retenir les investisseurs ». V. aussi F. TEFFO, *op. cit.*, n°621 p. 276 : « la norme juridique n'est plus envisagée que de manière instrumentale, comme un outil qui doit être mobilisé au service d'objectifs définis en termes économiques ».

Rapp. L. JOSSERAND, « Un ordre économique nouveau », *D.H.* 1937, chr. p. 41 et s. spéc. p. 42 : « Sans conteste, le droit tend à devenir, plutôt que la science du juste et de l'injuste, le code de la richesse et des phénomènes économiques ; ou, si l'on veut, le juste est devenu ce qui cadre avec les postulats et les nécessités économiques, tandis que tout ce qui est anti-économique apparaît comme injuste ».

¹²²⁰ Rapp. C. CHAMPAUD, « le contrat de société existe t il encore », *art. cit.* spéc. p. 134: qui note une tendance à abandonner « l'analyse uni-dimensionnelle de la société pour préférer l'émergence d'une analyse fonctionnelle qui présente l'avantage de réceptionner un concept socio-économique, celui d'entreprise tout en conservant une place aux mécanismes contractuels mais en modifiant leurs rôles ».

Encore, J. PAILLUSSEAU, *Les fondements du droit moderne des sociétés*, *JCP G*, 1984, I, 3148n°9: « Si les fondements reconnus au droit des sociétés ne correspondent plus ni aux réalités socio-économiques de notre époque, ni même à l'évolution moderne du droit des sociétés, il convient, dès lors, de rechercher avec soin les véritables fondements sur lesquels repose ce nouveau droit, il convient aussi de réviser la conception que l'on a de la société et de dégager la notion moderne de la société. Une telle démarche est impérative ».

Rapp. aussi des thèses de l'école du droit économique, (v. not. G. FARJAT, *Droit économique, op. cit.*), selon lesquelles, il convient de faire « table rase des catégories et institutions juridiques inadaptées à la réalité moderne et créer de nouveaux concepts déduits de l'observation économique » (C. HANNOUN, « Le droit des sociétés à l'épreuve de la modernité », *Mélanges Oppetit*, Litec, 2009, p. 309 et s., spéc. p. 314).

Tout particulièrement, la mesure de limitation de responsabilité qui nous intéresse au premier titre dans le cadre de cette étude et qui est l'un des pans majeurs du régime de ces structures personnifiées ne se justifie-t-elle justement que par référence à l'entreprise dont elle est supposée favoriser le développement et promouvoir la création¹²²¹. Or compte tenu du caractère hautement dérogoire de cette mesure à certains des principes les plus essentiels de notre système de droit positif, celle-ci nous est apparue devoir être réservée strictement aux seules hypothèses qu'appellent ses justifications¹²²², de sorte qu'il pourrait sembler particulièrement opportun à cet égard que la notion d'entreprise soit érigée en outil de bornage essentiel du champ d'application de ces sortes de structures à risque limité, en occupant la place laissée vacante par la perte d'effectivité et le délitement de la notion de société.

432. Nombreux sont les auteurs qui se sont employés à mettre en lumière l'importance de la figure de l'entreprise dans l'ombre du droit des sociétés, essentiellement en matière de SSPRL. Dans le prolongement de leurs travaux, il conviendra donc de s'interroger sur la vocation de la notion d'entreprise à gouverner le champ d'application des SSPRL, sur son aptitude à remplir une telle fonction, ainsi qu'à la place qu'elle occupe d'ores et déjà en droit positif au sein des conditions d'accès à ces régimes juridiques.

433. Après avoir évoqué l'attrait que peut présenter l'idée d'asseoir les structures à risque limités sur le concept d'entreprise à raison de l'étroitesse des liens qu'ils entretiennent (Section 1), on s'interrogera sur la place effectivement occupée par la notion parmi les éléments bornant le champ d'application de ces structures, afin d'envisager les moyens que supposerait la réalisation effective d'une telle indexation (Section 2).

¹²²¹ V. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, n° 236 et s.

¹²²² *Idem*.

Section 1 - L'entreprise, concept explicatif majeur du droit des structures à risque limité

434. Les liens qu'entretiennent les notions d'entreprise et de société sont certainement étroits bien que leur nature puisse être discutée. Après avoir mis en évidence la proximité de ces notions (Sous-section 1), on s'interrogera sur la pertinence de l'idée d'indexer la notion juridique de société sur la figure économique de l'entreprise dans le prolongement des enseignements des « doctrines de l'entreprise » (Sous-section 2).

Sous-section 1 - L'étroitesse des liens entretenus par les notions d'entreprise et de société

435. De manière assez évidente, c'est la figure de l'entreprise que le terme de société évoque spontanément dans l'esprit de nos contemporains. Si les deux notions apparaissent intimement liées dans nos représentations communes, sans doute est-ce parce que l'entreprise constitue la finalité la plus courante et celle à laquelle il est accordé le plus d'importance, de l'outil juridique qu'est la société. Après avoir pris la mesure de l'assimilation courante de ces deux notions (§1), nous présenterons d'un mot les thèses qui se sont employées à systématiser les liens qu'elles peuvent entretenir (§2).

§1. Le constat d'une assimilation courante

436. Que ce soit dans la doctrine juridique, dans le langage courant dans la littérature économique ou politique, voire dans la loi, l'assimilation de la notion d'entreprise à celle de société¹²²³ est récurrente, les deux notions étant ainsi couramment employées l'une pour l'autre¹²²⁴.

¹²²³ Ce terme visant couramment, sans véritable distinction toutes sortes de structures sociales personnifiées.

¹²²⁴ V. M. PASTUREL, « Entreprise et raisonnement économique. Quelle place dans le droit positif ? L'exemple de la concurrence », in *Mélanges P. Bézard*, Montchrestien 2002, p. 273 et s., spéc. p. 273.

Au vrai, cette tendance est le plus souvent sans véritable conséquence ; elle nous paraît toutefois révélatrice de la conception usuelle des structure sociale personnifiée, à plus forte raison des SSPRL pour lesquelles l'assimilation est plus fréquent encore.

On aurait tort de négliger ces « conceptions communes » des notions juridiques : en effet celles-ci peuvent constituer un outil précieux de compréhension de la législation car elles en éclairent souvent les mobiles : c'est souvent sur la base de ces conceptions communes que s'établissent les discours politiques qui peuvent guider ensuite la rédactions des lois¹²²⁵. Aussi faut-il veiller à ce que ne se creuse pas un écart trop important entre la conception commune d'une notion juridique et sa réalité positive, sous peine de voir s'élaborer un droit inadapté à son objet.

Et tel nous semble être justement la périlleuse voie prise en matière de structures sociales personnifiées.

437. L'assimilation courante chez le profane – Pour l'homme de la rue, le *vulgum pecus*, société et entreprise renvoient essentiellement à la même réalité ; les dissociations, pourtant fréquentes en pratique, entre la structure juridique personnifiée et l'entité économique qu'est l'entreprise étant ainsi ou bien ignorées ou plus vraisemblablement tenues pour inexistantes. Chacun peut faire au quotidien l'expérience de ce simple phénomène sociologique d'évidence, qu'au besoin la lecture de la presse généraliste suffit à mettre en lumière¹²²⁶.

Les manifestations de ces dissociations entre la structure juridique et l'entreprise ont pourtant de très nombreuses occasions de se révéler à l'homme de la rue, tant parce que les grandes entreprises dont il est familier sont le plus souvent constituées en groupes et ventilées en une pluralité d'entités juridiques autonomes¹²²⁷ dont le

¹²²⁵ Pour une illustration de ce phénomène, rapp. *infra* n° 438 et s. : les différents rapports mentionnés ayant manifestement inspiré largement la rédaction du projet de loi PACTE qui fut adoptée quelques temps plus tard.

¹²²⁶ Illustrant ce phénomène d'assimilation commune, on relèvera qu'à l'occasion d'un entretien télévisé, le candidat à l'élection présidentielle d'alors, Monsieur Emmanuel Macron, dans un vraisemblable souci de pédagogie pour le peuple français à qui il s'adressait, choisissait d'assimiler ces deux concepts d'entreprise et de société (entretien télévisé du 15 octobre 2017 sur TF1, cité par V. SCHMITE, M. VALIÈRGUE, P. VICTORIA, (dir.) *Entreprises engagées. Comment concilier l'entreprise et les citoyens*, Rapport de la fondation Jean Jaurès publié le 13 février 2018 (<https://jean-jaurès.org/nos-productions/entreprises-engagees-comment-concilier-l-entreprise-et-les-citoyens>) , spéc. p. 4). Rapp. E. BARTHET et A. TONNELIER, « Le gouvernement présente son projet de loi Pacte censé faciliter la croissance des entreprises », *Le Monde* du 12 juin 2018, qui évoquent par exemple « l'objet social de l'entreprise ».

¹²²⁷ Et la réalité du squelette juridique sous-jacent des groupes célèbres est fréquemment révélée par les médias, à l'occasion notamment de scandales financiers (v. par exemple récemment à propos de Google, T. CHENEL, « Google échappe à un redressement fiscal en France », *Les Échos*, 13/07/17).

nombre contraste avec l'unité sous laquelle l'entreprise se présente au public, que parce qu'il peut en faire personnellement l'expérience à son niveau de praticien pour la petite entreprise qu'il dirige par exemple et pour laquelle il lui a été conseillé d'éparpiller les moyens de production dans une SCI et une société d'exploitation, ou encore pour la SCI qu'il a créé avec son conjoint pour organiser la détention de leur résidence principale et dont il ne se figure certainement pas qu'elle abrite une entreprise quelconque.

438. L'assimilation courante au sein de la littérature scientifique – Plus généralement, on retrouvera largement cette assimilation dans un type de discours plus autorisé relevant de sphères dites « intellectuelles » ou scientifiques, et qui ressort de la littérature juridique, politique ou économique et sociale, et au sein desquelles la notion d'entreprise apparaît aujourd'hui assurément incontournable¹²²⁸.

On pourrait prendre pour exemple la littérature contemporaine foisonnante relative à ce sujet quelque peu nébuleux dont les médias généralistes se sont fait largement l'écho et que l'on désigne sous l'appellation de *RSE* (responsabilité sociale – ou sociétale – de l'entreprise)¹²²⁹, auquel on voudra bien assimiler ses diverses déclinaisons reconnaissables à ce cocktail de bons sentiments et de mesures de réalisation imprécises ayant en substance pour finalité proclamée de rendre l'entreprise plus juste, solidaire, équitable, respectueuse de l'environnement et de l'intérêt général, ou tout autre objectif du même ordre, généralement aussi consensuel qu'évanescent¹²³⁰.

¹²²⁸ A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *art. cit.* spéc. p. 624.

¹²²⁹ Cette notion est définie de la manière suivante par le *Lamy Société commerciales, op. cit.* : « La responsabilité sociétale (ou sociale) des entreprises (RSE) se présente comme un concept à travers lequel les entreprises intègrent, de manière volontariste, les préoccupations sociales, environnementales et éthiques dans leurs activités économiques et entendent ensuite témoigner de cette intégration dans les relations qu'elles entretiennent avec leurs parties prenantes (*stakeholders*), c'est-à-dire non seulement leurs actionnaires (*shareholders*) mais aussi, beaucoup plus largement, leurs divers partenaires, actuels et potentiels : salariés, syndicats, consommateurs, fournisseurs, pouvoirs publics, ONG... ».

¹²³⁰ Rapp. A. SUPIOT, « Introduction générale » in A. SUPIOT, M. DELMAS-MARTY (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF 2015, p. 9 et s., spéc. p. 18 : « Lorsqu'elle ne relève pas de la publicité mensongère, la "responsabilité sociale des entreprises" se présente comme un néopaternalisme, certes louable, mais sans portée juridique significative » et rapp. I. DAUGAREILH, « La responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité », in A. SUPIOT et M. DELMAS MARTY (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux, op. cit.*, p. 183 et s. ; v. aussi J.P. ROBÉ, « La responsabilité sociale des entreprises », *Rev. dr. Trav.* 2010, p. 413.

Rapp. les tribunes collectives relayées par les médias généralistes : « Pour une nouvelle définition de l'entreprise, comme collectif humain créateur de richesses », *Le Monde économie* 29 mars 2017 ; « Pour une économie de marché responsable », *Le Monde*, 17 nov. 2016, Débats et analyses, p. 23. V. encore A. BLOCH, "Objet social de l'entreprise : la pérennité d'abord !", *Les Echos*, 2 mars 2018 ; B.

Dans cette perspective donc de « réconcilier l'entreprise et les citoyens »¹²³¹, de réformer l'entreprise pour mieux assurer sa participation à l'intérêt général¹²³², il est remarquable que les travaux et discours en la matière s'orientent unanimement vers des propositions de réforme du droit des sociétés, marquant par là l'étroitesse des liens entretenus par ces notions.

Ainsi, lorsque par exemple un célèbre *think-tank* composé d'illustres professeurs de droit annonce la création d'une commission intitulée « contrat de société », il justifie cette démarche par le constat « qu'il est nécessaire pour l'entreprise de mieux répondre aux attentes de la Société ; qu'il s'agisse de celles des parties prenantes directes comme ses employés, ses actionnaires, ses clients, ses fournisseurs mais aussi de celles des parties prenantes indirectes, qu'il s'agisse même de l'écosystème directement affecté par son activité ou de celles de la Société dans son ensemble »¹²³³. Dans une démarche semblable, la fondation Jean Jaurès, qui se donnait pour mission de « concilier l'entreprise et les citoyens »¹²³⁴, faisait figurer au premier titre des propositions formulées dans son rapport, la modification de l'article 1833 du Code civil relatif à l'objet social de la société¹²³⁵ et, plus généralement, portait l'essentiel de ses propositions de réforme en droit des sociétés.

439. Par ailleurs, toute scientifique¹²³⁶ qu'elle est, il est intéressant d'observer que cette littérature est l'occasion de confusions lexicales ou d'assimilations quasi systématiques

SEGRESTIN et A. HATCHUEL, "Développer l'entreprise à partir d'une "raison d'être" », *Le Monde*, 30 mars 2018 ; O. DE GUERRE « Il ne faut pas lier la question de la gouvernance des entreprises à celle de l'intérêt général », *Le Monde*, 13 févr. 2002 ; France Culture, *Du grain à moudre*, émission du 14 mai 2018, « Les entreprises peuvent-elles se contenter de faire du profit ? » ; France Culture, *Les Matins*, émission du 15 mai 2018, « Dividendes : le fonctionnement d'une entreprise peut-il être démocratique ». Plus généralement, sur ces questions, v. not. A. COURET, « Faut-il réécrire les articles 1832 et 1833 du code civil ? », *D.* 2017, p.222.

¹²³¹ Rapport de la Fondation Jean Jaurès, *préc.* ; si l'intitulé de ce rapport emploie le verbe concilier, les dix propositions qu'il formule sont présentées comme ayant pour but de « réconcilier » entreprise et citoyens.

¹²³² V. le rapport remis en conseil des ministres le 9 mars 2018 : « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », dit Rapport Sénard-Notat, not. p. 15.

¹²³³ Présentation de la commission « Contrat de société » sur le site internet du *think tank* « Le club des juristes » :

<http://www.leclubdesjuristes.com/lescommissions/commission-contrat-de-societe/>

¹²³⁴ Pour paraphraser le titre du rapport publié par cette fondation le 13 février 2018 sous la direction de V. SCHMITE, M. VALIERGUE, P. VICTORIA : « Entreprises engagées. Comment concilier l'entreprise et les citoyens » (<https://jean-jaures.org/nos-productions/entreprises-engagees-comment-concilier-l-entreprise-et-les-citoyens>) .

¹²³⁵ V. not. les propositions 1 à 3.

¹²³⁶ On pourrait hésiter à qualifier de « scientifiques » ces rapports et propositions issus de ces fondations et *think-tank*, bien que l'on compte le plus souvent parmi leurs auteurs de nombreux

entre les notions d'entreprise et de société ; on trouvera par exemple écrit dans le rapport de la Fondation Jean Jaurès évoqué, que l'entreprise est « définie comme un rassemblement d'actionnaires par la loi française »¹²³⁷.

Et si les glissements sémantiques et les assimilation des notions de société et d'entreprise sont très courants dans les travaux doctrinaux de droit des sociétés¹²³⁸, on peut remarquer par ailleurs, dans un ordre d'idée proche, que certains parmi les plus éminents auteurs de droit des sociétés, paraissent même défendre de front l'idée que « toutes les sociétés sont des entreprises »¹²³⁹.

440. Assimilation par le législateur – Sans surprise enfin, le législateur n'échappe pas à cette tendance générale à l'assimilation. Et il est aisé de s'apercevoir que l'entreprise est très souvent, tant dans la loi elle-même que dans les débats et travaux qui la préparent, tenue pour la finalité première des structures sociales, lorsque les deux notions ne sont pas tout simplement confondues¹²⁴⁰.

Au titre des innombrables illustrations de ce phénomène d'appréhension de la société en tant que technique d'organisation de l'entreprise, on pourrait évoquer le premier titre de la loi du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne qui ne traite, sous l'intitulé « Le financement des entreprises », que de diverses techniques propres au droit des sociétés (obligations avec bons de souscription d'actions ; actions à dividende prioritaire sans droit de

universitaires. À tout le moins pourra-t-on les rattacher au discours « intellectuel » (à propos de cette notion ambivalente, v. P. ORY et J.-F. SIRINELLI, *Les Intellectuels en France de l'affaire Dreyfus à nos jours*, Armand Colin, 1986 ; 3e éd. 2002).

¹²³⁷ Rapp. de la fondation Jean Jaurès *préc.*, spéc. p. 2.

¹²³⁸ V. ainsi à titre d'illustration, tenant manifestement les termes d'entreprise et de société pour équivalents, C. BARRILLON, *Le critère de la qualité d'associé*, préf. M.-L. COQUELET, PUAM 2017, spéc. n°558, p. 361 : « Les travaux de Schumpeter ont démontré que toute forme d'entreprise est une prise de risque. La démarche suivie par l'associé confirme cette analyse car "il est de l'essence de la société qu'il y ait participation aux risques : en ôtant cette participation, on détruit la société" ».

¹²³⁹ P. et Ph. DIDIER, *Les sociétés commerciales*, *op. cit.*, n°30 p. 29 : « si on prend le mot "entreprise" dans le sens que lui donne l'Institut national de la statistique (INSEE) et qu'on définit l'entreprise comme une "unité économique, juridiquement autonome, organisée pour produire des biens ou des services pour le marché", on peut avancer l'idée que toutes les sociétés sont des entreprises dans la mesure où elles sont, par définition même, des unités juridiquement autonomes, autrement dit des personnes morales exerçant des activités de production marchande ».

Ces auteurs tempèrent cependant cette position quelques pages auparavant en reconnaissant que « certaines formes sociales particulières, comme les sociétés d'exercice libéral ou les sociétés d'investissement, sont des personnes morales, mais ne sont peut-être pas des entreprises » (*op. cit.* n°1, p. 3.).

¹²⁴⁰ V. J. PAILLUSSEAU, « Entreprise, société, actionnaire, quel rapport ? » *art. cit.* spéc. n°26 et s ; v. également sur ce point, T. LAMARCHE, *art. cit.*, spéc. n°8.

vote, etc.)¹²⁴¹. On pourra encore trouver révélateur le choix de dénomination retenue pour la SARL unipersonnelle d'« *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* »¹²⁴², dépouillée de toute allusion à la société au profit de la seule qualification d'entreprise. Et le fait que le Code proclame expressément concevoir une telle structure comme une SARL à associé unique¹²⁴³ incite à l'évidence à étendre le champ de cette qualification à toutes SARL, quitte à qualifier celles comptant plusieurs associés d'« *entreprise pluripersonnelle à responsabilité limitée* » ainsi que le suggérerait un auteur¹²⁴⁴.

Plus généralement, il est courant d'observer que l'« on ne compte plus les textes qui, au lieu de viser la société, le propriétaire, en un mot le support des rapports juridiques (...) visent directement l'entreprise »¹²⁴⁵ à leur place¹²⁴⁶.

441. Bien entendu il ne s'agit nullement de donner aux diverses occurrences relevées une portée autre que celle de simplement refléter l'ampleur de cette assimilation dans l'esprit de nos contemporains. Assurément d'ailleurs, « il ne suffit pas d'être sujet grammatical pour devenir sujet de droit »¹²⁴⁷ et le plus souvent, les nombreuses assimilations ne doivent être pensées que comme des « raccourcis faciles » voire parfois, selon M. Lamarche, comme de malheureuses confusions de « technocrates sans réelles

¹²⁴¹ V. J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP* 1984, I, 3148, spéc. n°47

¹²⁴² J. PAILLUSSEAU, « L'EURL, ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *art. préc.*, spéc. n°117.

¹²⁴³ On en voudra notamment pour preuve la rédaction du premier alinéa de l'article L. 223-1 du Code de commerce : « La société à responsabilité limitée est instituée par une ou plusieurs personnes... », qui sous-entend que l'EURL n'est rien de plus qu'une SARL constituée d'un seul associé et qu'il n'y a aucune différence de nature entre elles.

¹²⁴⁴ J. PAILLUSSEAU, « L'EURL, ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *art. préc.*, spéc. n°117.

¹²⁴⁵ M. DESPAX, « L'évolution du droit de l'entreprise », *art. cit.*, spéc. p. 182, rapp. T. LAMARCHE, « La notion d'entreprise », *art. cit.* : « nombreux sont les textes qui mettent l'entreprise en scène comme une personne dotée d'un patrimoine, qui contracte et qui stipule à son profit ».

¹²⁴⁶ V. par ex. l'article L 123-12 du Code de commerce qui à deux reprises évoque le patrimoine de l'entreprise.

V. plus généralement sur ces différents exemples J. PAILLUSSEAU, « Société, entreprise, actionnaire, quel rapport ? », *art. cit.* ainsi que les nombreuses illustrations données par T. LAMARCHE, « La notion d'entreprise », *art. cit.*, n°8, qui écrit notamment, « dans le même sens, la loi du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, présente l'entreprise comme un véritable sujet de droit. Ainsi l'intitulé du chapitre III du titre I évoque le patrimoine de l'entreprise. L'article 4, alinéa 3, de cette loi traite de la cessation de paiements de l'entreprise et les articles 26 et 27 reconnaissent, à l'Administration, la possibilité d'inscrire une sûreté au nom de l'entreprise, après avoir procédé à un inventaire de ses biens. L'article 38 se réfère aux immeubles "loués par l'entreprise". L'article 156, encore, évoque "les autres biens de l'entreprise" ».

¹²⁴⁷ N. MATHEY, *th. cit.*, n°814, p. 395 ; rapp. G. et A. LYON-CAEN « La doctrine de l'entreprise », *art. cit.*, selon qui « sujet grammatical dans la phrase, sujet de droit dans la législation » n'est pas un dicton convaincant.

compétences juridiques »¹²⁴⁸ et dont la portée se résume à être symptomatique de l'évolution des conceptions communes en la matière.

442. On l'a vu, notre droit moderne¹²⁴⁹ (sinon déjà « postmoderne »¹²⁵⁰ ?) est profondément marqué par l'« inondation du monde par la rationalité marchande »¹²⁵¹ et se caractérise par l'importance considérable prise par les enjeux économiques dans la législation¹²⁵². Le droit des sociétés apparaît particulièrement touché par ce mouvement¹²⁵³ et dans ce contexte, on comprend qu'à de nombreux égards ce soit avant tout la figure économique de l'entreprise que le législateur cherche à atteindre par l'intermédiaire de sa réglementation des sociétés : l'émergence et la croissance des entreprises constituant

¹²⁴⁸ T. LAMARCHE, *art. cit.*, n°9 : « Bien évidemment, pour certaines de ces dispositions, il s'agit là de "raccourcis" faciles, et pour d'autres, l'œuvre de technocrates sans réelles compétences juridiques, de véritables erreurs juridiques, car l'entreprise n'a en réalité aucune personnalité ».

¹²⁴⁹ Rappr. not. F. TEFFO, *th. cit.* n°109 p. 43 : « L'époque de la modernité semble donc introduire dans le droit des sociétés une nouvelle logique d'édification, faisant abstraction des théories ou des concepts prédéfinis. En effet, dans cette logique, la règle de droit est construite non pas au regard de quelques exigences théoriques ou conceptuelles mais uniquement au regard des finalités qui lui sont assignées par le pouvoir politique. Criblé par une multiplicité d'objectifs gouvernementaux qui le travaille et structure ses transformations, le droit des sociétés évolue sous l'effet du conditionnement politique (...) en somme, pris dans l'étreinte de la modernité, le droit des sociétés obéit à une rationalité nouvelle, celle des objectifs de gouvernement. Pour entreprendre la vérification de cette hypothèse, on partira du constat que ces objectifs constituent la source d'où jaillissent les transformations du droit des sociétés » ; v. encore n°617 p. 275.

¹²⁵⁰ V. A. COURET, « Le droit des sociétés, un droit post moderne », *Bull. Joly Sociétés* 2015, p. 213 ; rappr. J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1988, p. 659 et s., spéc. p. 671 : « Anti moderne, le droit post-moderne l'est dans la mesure où, sans pour autant renier les valeurs de la modernité (Raison, Ordre, justice, Progrès...), il ne les situe plus dans l'ordre de l'absolu mais du relatif, ces valeurs n'étant plus conçues comme des attributs substantiels, des qualités intrinsèques, mais des cadres axiologiques très généraux: quittant l'univers des certitudes, il s'efforce de prendre en compte la complexité du réel: et rompant avec une certaine dogmatique juridique, il entend faire preuve de pragmatisme ». Rappr. B. BARRAUD, *Le droit postmoderne. Une introduction*, L'Harmattan, 2017.

¹²⁵¹ P. DUMOUCHEL et J. P. DUPUY *Le sacrifice et l'envie, le libéralisme aux prises avec la justice sociale*, Calman Levy, 1992 p. 9 : « Nos sociétés industrielles, socialistes ou capitalistes sont des sociétés économiques. L'économie est la forme essentielle du monde moderne, et les problèmes économiques sont nos préoccupations principales. » (cité par G. FARJAT, « La notion de droit économique », *art. cit.*, p. 29) ; v. aussi S. FOUCART *Des marchés et des dieux: Quand l'économie devient religion*, Grasset 2018 et rappr. Ph. PEYRAMAURE, « Le droit contre l'entreprise », *Mélanges Paillusseau*, p. 443 et s., spéc. p. 444: selon qui « l'entreprise privée est désormais largement considérée comme la seule véritable source de richesse et de progrès social ». Rappr. encore, G. FARJAT, « La notion de droit économique » *art. cit.*, spéc. p. 49 qui évoque un phénomène de « substitution d'une régulation économique à une régulation juridique ».

¹²⁵² Rappr. P. BEZARD cité par E. DU PONTAVICE, « Le droit des sociétés commerciales en question », *R.J. com.* 1989, p. 241 et s., spéc. p. 242 « Avec l'arrivée des difficultés économiques et sociales, les financiers ont fait leur apparition, donnant mauvaise conscience aux juristes, les amenant à modifier les textes dans la précipitation et même à imprimer des transformations fondamentales dans l'évolution du droit. En effet, le droit des sociétés avait été construit en 1966 à partir d'une analyse démocratique de la société. L'orientation actuelle, initiée très largement par le ministère des Finances est différente. Pour l'essentiel on tente de privilégier une approche financière, voire boursière, plus que juridique. L'objectif est désormais, non pas de respecter un certain équilibre conformément au droit des sociétés mais de permettre plus facilement aux entreprises d'accéder au marché financier et d'appeler l'épargne à s'investir dans les sociétés. » Et v. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, n° 236 et s..

¹²⁵³ V. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, n° 236 et s..

manifestement dans notre législation contemporaine un objectif politique de premier ordre pour les retombées économiques et sociales qui en sont attendues¹²⁵⁴. Et l'on a déjà montré que l'évolution contemporaine du droit des sociétés semble essentiellement guidée par l'objectif du législateur d'adapter « le cadre juridique des sociétés aux besoins des opérateurs économiques »¹²⁵⁵.

Enregistrant très tôt les signes de cette évolution, certains courant doctrinaux que l'on a coutume de viser sous l'appellation de « doctrines de l'entreprise » se sont employés à systématiser l'émergence de la notion économique d'entreprise en droit des sociétés.

§2. Les doctrines de l'entreprise

443. Contexte et émergence des doctrines de l'entreprise – Le mouvement d'accroissement de l'importance de l'économie dans le monde moderne¹²⁵⁶ et en particulier en droit¹²⁵⁷, a naturellement trouvé un terrain de prédilection en droit des sociétés¹²⁵⁸. En réponse à cette évolution, diverses proposition d'« analyse économique du droit » ou d'analyse de « droit économique » émergent¹²⁵⁹, prônant une approche

¹²⁵⁴ V. not. l'étude de juin 2001 du Conseil économique et social sur la création et la pérennisation de l'entreprise de petite taille, encore R. DUTREIL, *Livre blanc sur la réforme de la création d'entreprise*, août 2002, selon qui l'entreprise « favorise l'expression des talents, l'esprit d'initiative, qui caractérisent le dynamisme d'un pays et sa confiance dans l'avenir ; elle conditionne la création de richesse et d'emplois, elle irrigue les territoires ; elle diffuse les innovations ; elle est un vecteur d'intégration sociale et une chance de réussite, d'épanouissement et de réalisation personnelle pour ceux qui veulent travailler » (cité par L ARCELIN, « La création d'une entreprise non viable ou les limites de l'initiative économique, *LPA*, 2 mars 2004, p 4) ; rappr. Comm. C.E., *Livre vert sur l'esprit d'entreprise en Europe*, 21 janv. 2003.

¹²⁵⁵ F. TEFFO, *op. cit.* p. 227. V. *supra* n° 236 et s.

¹²⁵⁶ V. *supra* note 1251 et rappr., évoquant « l'extension de la logique marchande à tous les domaines de la vie sociale » : G. FARJAT, « La notion de droit économique », *APD*, t.37 : « Droit et économie » 1992, p. 27 et s., spéc. p. 49.

¹²⁵⁷ V. not. J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1988, p. 659 et s.

¹²⁵⁸ V. A. COURET, « Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés » *Rev. soc.* 1984, p. 245 ; J. PAILLUSSEAU, « Comment les activités économiques révolutionnent le droit et les théories juridiques ; Révolution dans les approches et raisonnements juridiques », *D.* 2017, p. 1004 ; rappr. TEFFO, *op. cit.* ; J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP G*, 1984, I, 3148.

¹²⁵⁹ V. not. C. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967, chron. p. 215 ; G. FARJAT, « La notion de droit économique », *Archives de philosophie du droit*, tome 37, « Droit et économie », Sirey 1992, p. 27 et s ; G. FARJAT, *Droit économique*, 2^{ème} éd. PUF, 1982, spéc. p. 717 et s.

« substantielle »¹²⁶⁰ de la réalité économique et sociale par les juristes. Fort du constat d'une « rupture de cohérence entre les rapports sociaux et les rapports formalisés par le droit »¹²⁶¹, certains auteurs ont souhaité se départir d'une approche fondée sur les seuls concepts juridiques pour en utiliser de nouveaux « déduits de l'observation économique »¹²⁶². Réalisant, comme nous avons pu le faire¹²⁶³, que « les fondements reconnus au droit des sociétés ne correspondent plus ni aux réalités socio-économiques de notre époque, ni même à l'évolution moderne du droit des sociétés », ces auteurs ont entrepris « de rechercher avec soin les véritables fondements sur lesquels repose ce nouveau droit, [ainsi que] de réviser la conception que l'on a de la société et de dégager la notion moderne de la société »¹²⁶⁴.

Dans ce cadre, à côté des concepts juridiques traditionnels qui gouvernaient jusqu'alors la matière et que sont ceux de contrat de société et de personnalité morale, il fut proposé d'user de la notion d'entreprise avec laquelle les précédents entretiendront des rapports susceptible de varier selon les diverses conceptions rencontrées.

Il n'est qu'assez peu discutable que l'entreprise constitue effectivement l'un des concepts centraux des représentations communes de nos Sociétés modernes ; « atome de l'activité économique »¹²⁶⁵, la notion semble sinon l'épicentre, du moins un passage obligé de toute réflexion d'ordre économique ou politique¹²⁶⁶. Une certaine « doctrine de l'entreprise » s'est donc attachée à montrer justement que cette place essentielle qu'a pris, dans ces sphères, la notion d'entreprise contraste nettement avec l'assise instable et effacée qu'elle reçoit en droit et spécialement en droit des sociétés¹²⁶⁷.

¹²⁶⁰ V. not. G. FARJAT, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, 1986, p. 9 et s. ; également *Droit économique, op. cit.* p. 732 et s.

¹²⁶¹ G. FARJAT, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *art. cit.*, spéc ; p.13.

¹²⁶² C. HANNOUN, « Le droit des sociétés à l'épreuve de la modernité », *Mel. Oppetit*, p. 309s., spéc. p. 314.

¹²⁶³ V. *supra* Chapitre 1 n° 266 et s.

¹²⁶⁴ J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP G*, 1984, I, 3148, spéc. n°9.

¹²⁶⁵ J. HAMEL et G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Dalloz, 1954, p. 245.

¹²⁶⁶ V. not. S. FOUICART *Des marchés et des dieux: Quand l'économie devient religion*, Grasset 2018 ; Ph. PEYRAMAURE, « Le droit contre l'entreprise », *Mélanges Paillusseau, art. précité*. Rappr. J.-P. ROBÉ, *Le temps du monde de l'entreprise*, Dalloz, 2015.

¹²⁶⁷ Rappr. J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP G*, 1984, I, 3148, n°8: « les fondements que l'on reconnaît généralement à la société sont bouleversés tant par l'évolution socio-économique que par l'évolution même du droit des sociétés. Une très forte distorsion apparaît entre, d'une part, ces deux évolutions économiques et juridiques, et, d'autre part, l'explication que l'on donne traditionnellement de la société, avec la conception et la notion que l'on

444. La démarche de ce courant doctrinal consista donc d'abord à systématiser la place de cette notion économique dans la sphère juridique. Elle montre ainsi que l'ombre de la notion plane au dessus d'innombrables pans du droit, construits pourtant, faute de concept juridique stable d'entreprise, sur la base de périphrases conceptuelles approximatives, suivant par là la loi sociologique curieuse « qui veut que la vie juridique se développe non pas à ciel ouvert, mais en se cachant sous des notions techniques qu'elle maintient tout en les vidant de leur contenu »¹²⁶⁸, à l'instar de celle de société.

La notion de société qui joue donc ici le rôle de vieille outre accueillant le vin nouveau¹²⁶⁹ de l'entreprise finit, on s'en est aperçu, défigurée par un tel emploi¹²⁷⁰. En conséquence, certains auteurs ont tenté de construire le reflet juridique de cette notion socio-économique ou tâchèrent à tout le moins de systématiser les occurrences plus ou moins affirmées de cette notion en droit positif.

À se concentrer sur le droit des sociétés qui nous occupe, il est possible de retenir que ce courant doctrinal qui apparut au tournant de la moitié du XXème siècle, et dont l'acte fondateur majeur résida vraisemblablement dans la fameuse analyse que livra Georges Ripert du capitalisme moderne¹²⁷¹, pourrait être scindé en deux pans. Une première frange a vu dans l'*entreprise* la finalité des structures sociales personnifiées (A) ; tandis qu'une seconde a pensé l'accès de la notion d'*entreprise*, telle quelle, à la vie juridique (B). Après les avoir brièvement présentées, on évoquera leur impact sur le droit positif contemporain (C).

en a. Ainsi, le divorce ne se situe donc pas essentiellement au niveau du droit et de la réalité socio économique: le droit s'adapte insensiblement et plus ou moins bien à cette réalité comme le montrent les exemples précédents, mais, très fondamentalement, au niveau des fondements du droit des sociétés et à celui de la notion de société.

¹²⁶⁸ G. MORIN, *La révolte du Droit contre le Code*, Paris, 1945, p. 2.

¹²⁶⁹ L'expression est empruntée à G. MORIN, *op.cit.*. Introduction, p. V.

¹²⁷⁰ V. *supra* Chapitre 1 n° 266 et s. et rappr. J. PAILLUSSEAU, « L'EUURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *JCP* 1986, I, n°3242, spéc. n°97: « seule structure d'accueil disponible, la société ne pouvait que recevoir l'entreprise. Mais à partir du moment où l'entreprise "entrait" dans la société, elle devait en subir la logique et, dans le même temps, lui imposer les nécessités et impératifs de son existence. (...) Cette mutation de la société, entraînée par l'évolution profonde de son régime, conduisait nécessairement à l'obsolescence du cadre conceptuel originel (en fait à son effondrement) et à la conception d'un nouveau cadre conceptuel donnant, lui aussi, de la société, telle qu'elle est aujourd'hui, une vue synthétique, soulignant la logique de son organisation, de ses finalités, de ses contraintes, des forces de son évolution au moins à court terme, et permettant, en définitive, de comprendre sa mutation ».

A. L'entreprise comme finalité des structures sociales personnifiées

445. L'école de Rennes, présentation – Pour le premier versant de ce courant, essentiellement incarné par l'école de Rennes¹²⁷², et plus précisément par les thèses défendues notamment par Claude Champaud, Jean Paillusseau ou encore Raphaël Contin¹²⁷³, l'entreprise et la structure sociale personnifiée¹²⁷⁴, bien que proches, sont de nature différentes : l'entreprise serait une réalité économique tandis que la société de capitaux serait l'outil juridique construit pour servir à son épanouissement et à son bon fonctionnement¹²⁷⁵. La société serait ainsi « la technique juridique destinée à donner à l'entreprise une existence et une organisation sur le plan juridique »¹²⁷⁶; « la machine juridique au service de l'outil de production »¹²⁷⁷. Un peu à la manière dont, ailleurs, l'institution juridique qu'est le mariage pourrait être analysée comme l'outil d'organisation de la *famille*, ou encore l'État celui de la *nation*, sans que ces notions ne puissent être confondues.

Aussi, dans le prolongement de la conception de la personne morale systématisée par Bruno Oppetit¹²⁷⁸, cette doctrine de l'entreprise qui voit dans la société le « squelette juridique »¹²⁷⁹, le moule, la « structure d'accueil »¹²⁸⁰ juridique de l'entreprise, ou

¹²⁷¹ *Aspects juridiques...*, *op. cit.* ; v. également P. DURAND, « La notion d'entreprise », in *Travaux de l'association Henri Capitant* 1948, p. 45 et s. ; ainsi que, antérieurement, R. PERCEROU, *Ann. Dt com.* 1932, p. 217 et s.

¹²⁷² V. sur cette appellation, C. CHAMPAUD, « Les fondements sociétaux de la doctrine de l'entreprise », *Mélanges Paillusseau*, Dalloz, 2003, p. 117 et s., spéc. p. 153.

¹²⁷³ V. I TCHOTOURIAN, « Doctrine de l'entreprise et École de Rennes », in *L'entreprise dans la société du 21^{ème} siècle*, Larcier 2013, p. 131 et s.

¹²⁷⁴ Les travaux de cette doctrine se sont pour l'essentiel intéressés aux sociétés anonymes. On pourra sans trop de risque étendre leur raisonnement à tout le moins à toutes les SSPRL.

¹²⁷⁵ Rappr. J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP* 1984, I, 3148 : « L'entreprise et la société sont deux choses fondamentalement distinctes. La première est une organisation économique et humaine. Elle n'est pas une notion juridique mais une notion économique et sociale (...). La seconde est une notion juridique permettant de faire accéder l'entreprise à la vie juridique et de l'organiser ». Rappr. également D. SCHMIDT, *th. cit.* n°80 p. 55 ; J. PAILLUSSEAU, *th. Cit.* spéc. p. 101 et s ; rappr. encore, A. SUPLOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTD Com.* 1985, pp. 621-644, spéc. p. 625), pour qui l'entreprise n'est pas un concept juridique mais un « instrument de référence », un « paradigme juridique ».

¹²⁷⁶ J. PAILLUSSEAU, *op. cit.* p. 4

¹²⁷⁷ C. HANNOUN, « Le droit des sociétés à l'épreuve de la modernité », *art. cit.* spéc. p. 315, empruntant l'expression bien connue de G. Ripert.

¹²⁷⁸ Sur laquelle, v. *supra*, n° 49 et s.

¹²⁷⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, *op. cit.*, 32^{ème} éd., n° 29, p. 12.

¹²⁸⁰ J. PAILLUSSEAU, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports? », *D.* 1999, Chr., p.157.

encore son « squelette juridico-institutionnel »¹²⁸¹, a eu pour intérêt d'aborder la société personnifiée sous un angle purement fonctionnel, en tant qu'instrument juridique affecté à une finalité sociale déterminée¹²⁸² – l'organisation de l'entreprise – prenant par là le contrepied de la conception classique fondée essentiellement sur les notions de groupement de personnes et de contrat de société¹²⁸³.

446. Influence de ce courant – Cette école ne fut pas sans impact sur le droit positif : si la pensée qu'elle défend – du moins en son principe cardinal que l'on vient d'exposer – semble avoir acquis aujourd'hui le statut de « banalité »¹²⁸⁴ et que la doctrine s'y est aujourd'hui majoritairement ralliée¹²⁸⁵, c'est notamment grâce aux victoires qu'elle remporta à la fin du XX^{ème} siècle. Parmi celles-ci, on compte pour les plus emblématiques la modification de la définition légale de la société qui place désormais la notion d'entreprise en son centre – bien que l'enjeu de cette réforme reste probablement essentiellement symbolique ainsi qu'on le verra¹²⁸⁶ – ou encore sa consécration par le législateur européen lorsqu'il définit la société européenne comme la « *structure juridique qui permet à une entreprise d'exercer ses activités dans différents pays de l'Union européenne (UE) sous un statut unique* »¹²⁸⁷. Mais c'est peut-être l'admission des structures unipersonnelles qui constitua son plus évident triomphe. Par là fut apporté un démenti majeur aux deux piliers théoriques sur lesquels reposait la conception classique des sociétés personnifiées : d'une part, la nécessité d'un contrat de société sous-jacent (faute en l'occurrence de la pluralité de participants nécessaire à la rencontre de

¹²⁸¹ B. BAUDRY, V. CHASSAGNON, *Les théories économiques de l'entreprise*, éd. La découverte, 2014, p. 90.

¹²⁸² V. encore J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale » *art. cit.* Cette opinion n'est cependant pas partagée par M. Farjat (v. *Droit économique, op. cit.*, not. p. 737-738) mais celui-ci, acteur majeur de l'analyse économique du droit, ne peut être véritablement être classé parmi les théoriciens de la doctrine de l'entreprise. (Si la théorie de l'entreprise procède d'une analyse économique du droit, tous les tenants de l'analyse économique du droit ne peuvent être rangés parmi les tenants de la doctrine de l'entreprise).

¹²⁸³ V. I TCHOTOURIAN, « Doctrine de l'entreprise et École de Rennes », *L'entreprise dans la société du 21^{ème} siècle*, Larcier 2013, p. 131 et s., spéc. p. 146 n°6 ; J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *préc.*, not. n°19 et s.

¹²⁸⁴ C. CHAMPAUD, « Le droit français des sociétés à l'aube du XXI^e siècle », *Rev des Sociétés* 2000, p. 77, spéc. n°10. Il est devenu extrêmement courant en effet de présenter la société comme une technique d'organisation de l'entreprise (v. par ex. J.-P. ROBÉ, *Le temps du monde de l'entreprise*, Dalloz, 2015, p. 150 et s.), même si naturellement, cette finalité n'est présentée que comme l'une de celle que reçoit la technique sociétaire en droit positif (présentant les différentes sortes de fonctions que peut remplir cette technique, v. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.* 32^{ème} éd., n°28 et s., p.12 et s.).

¹²⁸⁵ En ce sens, v. J.-P. BERTEL, « Liberté contractuelle et sociétés », *RTD com.* 1996, p. 595 et s. spéc. p. 614 n°33.

¹²⁸⁶ V. *infra* n°482 et s. ; rapp. J. PAILLUSSEAU, « L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *JCP 1986*, I, n°3242, spéc. n°117.

volonté constitutive de cette notion) ; d'autre part, une certaine conception classique de la personne morale pensée comme voie d'expression d'un groupement de personnes¹²⁸⁸. L'admission de la société unipersonnelle marqua donc le sacre d'une vision « pragmatique »¹²⁸⁹ et fonctionnelle¹²⁹⁰ de la structure personnifiée, simple instrument juridique au service d'une finalité précise : l'organisation des entreprises. Et ce qui apparut alors aux tenants de la vision traditionnelle comme une révolution copernicienne ne fut analysée par ceux qui avaient défendu de longue date une conception instrumentale de la structure sociale personnifiée comme rien d'autre que « la conséquence logique des nouveaux fondements du droit moderne des sociétés »¹²⁹¹, la « concrétisation législative (...) de la vague de fond de l'adaptation du droit des sociétés aux réalités économiques »¹²⁹².

B. L'entreprise comme personne morale naissante

447. Un autre versant du courant de cette « doctrine de l'entreprise », incarné essentiellement par Michel Despax, tend à considérer l'entreprise en elle-même comme une « personne morale naissante »¹²⁹³. Indépendamment donc de la structure sociale ou de l'entrepreneur individuel qui l'exploite, l'entreprise tendrait à recevoir en droit positif selon ce courant, un accès immédiat à la personnification ou du moins à un début de

¹²⁸⁷ Règl. 2157/2001/CE du Conseil, 8 oct. 2001, Le statut de la société européenne (nous soulignons).

¹²⁸⁸ J. PAILLUSSEAU, « La nouvelle société par action simplifiée. Le *big bang* du droit des sociétés ! », *D.* 1999, p. 333 : « Il est évident que cette généralisation de la société unipersonnelle condamne totalement la thèse selon laquelle la société – et la personne morale – est l'expression d'un groupement de personnes. On ne [peut] plus considérer la société unipersonnelle comme une exception. Il faut bien se convaincre qu'il n'est pas de la société, ni de la personne morale, d'être un groupement de personnes ». V. également, V. I TCHOTOURIAN, « Doctrine de l'entreprise et École de Rennes », *L'entreprise dans la société du 21^{ème} siècle*, Larcier 2013, p. 131 et s., spéc. p. 146 n°6 ; J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *art. préc.*, not. n°19 et s.

¹²⁸⁹ Rapp. C. CHAMPAUD, « Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de la connaissance du droit », in *Philosophie du droit et droit économique – Quel dialogue ? Mélanges G. Farjat*, Frison-Roche éd. 1999, p. 397 et s.

¹²⁹⁰ C. CHAMPAUD, « Les fondements sociétaux de la doctrine de l'entreprise », *Mélanges Paillusseau*, Dalloz, 2003, p. 117 et s., spéc. p. 151.

¹²⁹¹ J. PAILLUSSEAU, « L'EUURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *JCP* 1986, I, n°3242, spéc. n°99 ; rapp. J. PAILLUSSEAU, « Les nouveaux fondements du droit des sociétés » *JCP* 1984, I, 3148.

¹²⁹² J. PAILLUSSEAU, « L'EUURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *art. cit.*, spéc. n°99.

¹²⁹³ *Op. cit.* p. 411 et s., n°391.

personnification¹²⁹⁴. Ce sont ainsi les diverses manifestations de ce phénomène d'appréhension de l'entreprise à la manière d'une personne juridique que M. Despax s'est attaché à relever et à systématiser. À suivre cette conception, dont Hamel et Lagarde prédisaient déjà en 1954 un possible avènement, l'entreprise tendrait à devenir « propriétaire des biens servant à réaliser sa fin économique et notamment de son fonds de commerce : elle deviendrait créancière et débitrice de ceux avec lesquels elle traite en vue de la même fin »¹²⁹⁵. Ainsi, « l'entreprise deviendrait nettement autonome par rapport à l'entrepreneur, particulier ou société, qui lui apporte des fonds »¹²⁹⁶.

Michel Despax dressait ainsi dans sa thèse le constat d'une tendance à un net dépassement des constructions juridiques formelles, telles que celles qui reposent sur les concepts de structures sociales personnifiées et qui trop souvent ne reflètent pas fidèlement la réalité économique. Le « pot de fer de la réalité économique » ferait alors « voler en éclat le pot de terre des constructions juridiques »¹²⁹⁷ lorsqu'elles entrent en contradiction. Ainsi en irait-il notamment selon cet auteur en matière de groupes de société¹²⁹⁸ qui, bien que constitués d'une pluralité de structures, dotées d'une apparente indépendance juridique, forment bel et bien une même « unité économique et sociale »¹²⁹⁹ qui telle quelle, tendrait à être appréhendée à bien des égards, en tant que personne juridique unitaire.

¹²⁹⁴ Rappr. S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit français*, préf. R. NERSON, LGDJ 1976, n° 379 et s. p. 328 et s. ; F. CHALLEIL, *L'entreprise et les notions de sujet de droit et de patrimoine. Etude de Droit Français, Anglais et Allemand*, th. dactyl. Montpellier, 1974, p. 27 et s. V. également . P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd. op. cit., n°54, p.64.

¹²⁹⁵ J. HAMEL et G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Dalloz, 1954, n° 218, p. 260.

¹²⁹⁶ Ibid.

¹²⁹⁷ M. DESPAX, *th. cit.*, p. 107, n°116.

¹²⁹⁸ V. sur cette question M. DESPAX, *op. cit.* n°110 et s., p. 103 et s.

¹²⁹⁹ Pour emprunter un concept essentiel en droit du travail (v. not. R. DE LESTANG, « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », *Dr. Société* num. spéc., avr. 1979, p. 5 et s. Plus généralement à propos des groupes de société objet d'étude privilégié de la doctrine de l'entreprise, v. not., R. CONTIN et H. HOVASSE, « L'autonomie patrimoniale des sociétés », *D.* 1971, chron. p. 197 ; C. CHAMPAUD, « Les méthodes de groupement des sociétés », *RTD com.* 1967, p. 1003 ; R. HOUIN, « Les groupements d'entreprise vu à l'échelle européenne » *R.I.D.C.* 1965, p. 321. Et refusant la personnalité juridique au groupe, v. C. HANNOUN, *op. cit.*

C. La portée des théories de l'entreprise

448. Généralités sur la portée des doctrines de l'entreprise en droit positif – De manière générale, on peut certainement affirmer que les doctrines de l'entreprise eurent un impact majeur sur le droit positif de la fin du XX^{ème} siècle qui dépasse largement le cadre du droit des affaires¹³⁰⁰.

A s'en tenir à ce dernier il y a tout lieu de croire que « le triomphe de la notion d'entreprise à la fin des années 80 » constitue « l'une des clefs de lecture de l'évolution qu'il a connu dans cette décennie »¹³⁰¹ et l'influence de cette notion n'a certainement pas faibli depuis. Pour beaucoup, l'approche entrepreneuriale « est devenue explicitement ou implicitement la clef de décodage des solutions par lesquelles les juges tentent de lire la loi à la lumière des besoins, des sensibilités et des tendances contemporaines »¹³⁰². Et nombreuses sont les marques de la réception de ces doctrines par le législateur, la plus évidente étant bien entendu l'intégration de la notion d'entreprise au cœur de la définition de la société retenue par le Code civil¹³⁰³.

449. La relativisation de l'omnipotence actionnariale – Mais l'un des apports essentiels de cette doctrine tient certainement à la relativisation de la place des porteurs de parts au sein de la société qu'elle introduit, à raison notamment de la mise en évidence de l'intérêt de l'entreprise¹³⁰⁴.

¹³⁰⁰ V. not. C. CHAMPAUD (dir.), *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise*, Larcier 2011, spéc. p. 53 et s. et p. 164 et s. ; I. BEYNEIX, « La prise en compte de l'entrepreneuriat par le droit » *RTD com.* 2012 p. 671 et s.

¹³⁰¹ J. PAILLUSSEAU, « Le big-bang du droit des affaires à la fin du XX^{ème} siècle », *art. cit.* ; A. COURET, « Le droit des affaires à la fin des années 80 » in *Mél. P. Lassègue*, 1990, Vuibert Gestion, p. 57.

¹³⁰² C. CHAMPAUD, « Le droit français des sociétés à l'aube du XXI^{ème} siècle », *Rev. des sociétés* 2000 p. 77.

¹³⁰³ Bien que la question du sens précis que doit recevoir le terme d'« entreprise » qu'emploie l'article 1832 peut faire l'objet d'hésitations, v. sur ce point, v. *infra* n° 482 et s. On pourrait évoquer également le rapport Marini (Rapport sur la modernisation du droit des sociétés remis au Premier ministre le 13 juillet 1996) qui désigne expressément la société comme une « technique d'organisation de l'entreprise » (v. p. 12 et 22).

¹³⁰⁴ V. not. J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP* 1984, 3148, n°56 et s, rapp. F. DEBOISSY, « Le contrat de société » in *Le contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. LV, Société de législation comparée, 2008, p. 119 et s., spéc. n°6, p. 122.

Croisant ici la démarche des théories *stakeholderistes*¹³⁰⁵, cette doctrine invitait en effet à rompre avec l'approche capitalistique du Code civil axée sur l'absolutisme du droit de propriété et le mécanisme contractuel¹³⁰⁶. Au contraire, plaçant l'entreprise au centre de l'analyse, elle relativisa l'importance de l'actionnariat qui apparaissait sous ce prisme comme l'une des catégories des parties prenantes de l'entreprise, l'un de ses facteurs de réalisation¹³⁰⁷: le facteur capital en l'occurrence, ni plus, ni moins nécessaire à l'entreprise que ne le serait par exemple le facteur travail. En tant que tel, l'actionnariat apparaît dès lors au service de l'entreprise, autant sinon plus que l'entreprise ne serait au service de l'actionnariat.

En outre, la relativisation de la place des associés que cette doctrine induisait a pu être commandée par une conception moderne voulant que dès lors que l'on admet que la société constitue le berceau naturel des entreprises et que c'est de celles-ci que dépend la croissance de l'économie nationale – de laquelle découlent « la richesse, la sécurité de l'emploi, l'indépendance nationale »¹³⁰⁸ et toutes sortes encore de conséquences économiques et sociales majeures touchant à l'intérêt général¹³⁰⁹ –, il apparaît que « leur place est trop importante pour que l'omnipotence des associés puisse être acceptée »¹³¹⁰.

Aussi, le renouvellement de l'approche du droit des sociétés sous le prisme de l'entreprise, imprégnée de *stakeholder theory*¹³¹¹, constitua certainement le fondement

¹³⁰⁵ V. C. CHAMPAUD, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise*, op. cit., p. 165 ; « Propriété, pouvoir et entreprise », in *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général*, Mel. L. Boy, PUAM, 2016, p. 47 et s., spéc. p.64-65.

¹³⁰⁶ V. pour une explication particulièrement claire de cette idée, C. CHAMPAUD, « Propriété, pouvoir et entreprise », in *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général*, Mel. L. Boy, PUAM, 2016, p. 47 et s., spéc. p. 49-50 et p. 57 et s.

¹³⁰⁷ V. J. PAILLUSSEAU, op. cit., p. 200 ; « L'EUURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », art. cit., spéc. n°130 et 136. Rappr. D. SCHMIDT, « La société et l'entreprise », D. 2017, p. 2380.

¹³⁰⁸ A. et G. LYON-CAEN, art. cit., spéc. p. 619.

¹³⁰⁹ V. supra n° 236 et s.

¹³¹⁰ A. et G. LYON-CAEN, *ibid* ; et v. plus généralement : P. DURAND, « Les fonctions publiques de l'entreprise privée », *Dr. Soc.* 1945, p. 246 et s. ; D. SCHMIDT, op. cit. n°77 et s. p. 52 et s. ; « La société et l'entreprise », D. 2017, p. 2380 ; L. BRETHER DE LA GRESSAY, « Le droit corporatif », *Annales de la faculté de Droit de Louvain*, pour qui la société anonyme serait en charge de la production « pour le bien de la vie humaine » (1960, cité par D. SCHMIDT, op. cit. n°77, p. 53 note 6) ; rappr.« Plaidoyer en faveur d'une "économie de marché responsable" », *Le Monde*, 17 nov. 2016, p. 23.

¹³¹¹ V. not I. TCHOTOURIAN, art. cit., spéc. p. 154 et les nombreuses références citées ; v. également F.-G. TRÉBULLE, « Stakeholders Theory et droit des sociétés », *Bull. Joly* 2006, p. 1337 ; S. ROUSSEAU, « La Stakeholder Theory : émergence et réception dans la gouvernance d'entreprise en Amérique du Nord », in C. CHAMPAUD (dir.) *L'entreprise dans la société du XXIème siècle*, op. cit. p. 111 et s.

de nombreuses réformes¹³¹² œuvrant à une abolition de l'« absolutisme actionnarial »¹³¹³, à une limitation des pouvoirs des porteurs de parts ainsi qu'à un plus équitable partages des prérogatives qui leur étaient jusqu'alors réservées, au bénéfice des diverses parties prenantes à l'entreprise. De nombreuses propositions contemporaines s'inscrivent d'ailleurs encore dans cette voie, à l'instar de celles qui entendent donner encore plus de poids à la notion d'intérêt social¹³¹⁴, laquelle, récemment consacrée par le législateur¹³¹⁵, permet de longue date à la jurisprudence de faire échec à la volonté unanime des associés pour le bien de l'activité commune¹³¹⁶.

Sous-section 2 - La tentation d'une indexation effective de la SSPRL sur l'entreprise

¹³¹² On pense notamment aux prérogatives « spectaculaires » conférées au comité d'entreprise par la loi NRE qui, à l'instar des actionnaires, peut désormais compléter l'ordre du jour des AG et désigner deux représentants à celles-ci (v. F. BONDIL, « Permanence et évolution du concept de société : du contrat à l'institution ? » in *L'entreprise face au bicentenaire du Code civil*, travaux du CERJDA, vol 5, p. 87 et s., spéc. p. 111 ; v. également G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « La définition de l'intérêt social, Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD com. 2004*, p. 35 et s.).

¹³¹³ Rapport de la Fondation Jean Jaurès : *Entreprises engagées comment concilier l'entreprise et le citoyen*, précité, p. 17.

¹³¹⁴ On retrouve aujourd'hui largement cette analyse à l'œuvre dans diverses propositions contemporaines de réforme de l'« entreprise », souvent rangées sous la quelque peu nébuleuse étiquette de RSE, v. dernièrement la proposition d'une redéfinition de l'objet des sociétés, afin que soit inscrit au cœur même de la définition de la société la vocation de celle-ci à prendre en compte les intérêts d'autres « parties prenantes » que ceux des seuls associés (v. not. le rapport Senard-Notat précité « L'entreprise, objet d'intérêt collectif » ; également le rapport de la Fondation Jean Jaurès : *Entreprises engagées comment concilier l'entreprise et le citoyen*, précité. C'est encore dans cette voie que s'avance timidement la récente loi relative à la croissance et la transformation des entreprises (dit PACTE), adoptée par l'Assemblée Nationale le 11 avril 2019, même si les modifications qu'elle introduit s'avèrent en réalité dépourvue de toute véritable portée positive (v. D. SCHMIDT, « La loi Pacte et l'intérêt social », *D. 2019*, p. 633 ; rappr. A. TADROS, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D. 2018*, p. 1765 et plus généralement A. LIENHARD, « Loi Pacte : consécration de l'intérêt social et des enjeux sociaux et environnementaux », *D. 2019*, p. 816. Rappr. encore, « Plaidoyer en faveur d'une "économie de marché responsable" », *Le Monde*, 16 nov. 2016.

¹³¹⁵ V. loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE, art. 61 ; D. SCHMIDT, « La loi Pacte et l'intérêt social », précité.

¹³¹⁶ Ainsi par exemple de la nullité des actes passés pour le compte de la société qui, bien qu'acceptés à l'unanimité des associés, seraient contraires à l'intérêt social. Encore que dans les structures à risque limité, une telle solution semble remise en cause par la jurisprudence récente bien que la question reste discutée (rappr. F. DEBOISSY et G. WICKER, obs. sous Cass. com. 12 mai 2015, *JCP E 2016*, n°1036, n°5 cité *infra*) : v. Cass. com. 12 mai 2015 (n°13-28.504 et 14-11.028, *BJS 2015*, p. 650 n. R. MORTIER ; *Rev. sociétés 2015*, p. 515 n. A. VIANDIER ; obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; et Cass. com. 19 sept. 2018, n°17-17.600, *BJS 2018*, p. 627 n. J.-J. BARBIERI ; *Dr. des sociétés 2018*, n°207, obs. J. HEINICH ; *JCP E 2019*, 1145, n°7, obs. J.-C. PAGNUCCO).

450. Les deux versants principaux des « doctrines de l'entreprise » que l'on a évoqués appellent semble-t-il une même conséquence : de leurs enseignements se déduit l'opportunité qu'il y aurait à réaliser une indexation des structures sociales personnifiées à risque limité sur l'entreprise (§1) ; on verra cependant qu'un tel projet a rencontré quelques obstacles qui on pu sembler, peut-être à tort, insurmontables (§2).

§1. L'indexation de la structure personnifiée sur l'entreprise comme conséquence des théories de l'entreprise

451. Ainsi qu'on l'a aperçu, les doctrines de l'entreprise sont à de nombreux égards riches d'enseignements et ne furent pas sans influence sur le droit positif¹³¹⁷. En ce qui concerne la limitation de responsabilité qui nous occupe, on remarque que, rejoignant ce que commande une approche téléologique de cette mesure, tant les conceptions de l'École de Rennes (A) que les travaux de M. Despax (B) appellent une même conséquence qui consiste indexer le droit positif des structures personnifiées à risque limité sur la notion d'entreprise.

A. Enseignements à tirer de la doctrine de l'École de Rennes

452. Tout d'abord, de l'analyse selon laquelle l'entreprise constitue la finalité de la structure sociale personnifiée – du moins de celles connaissant le régime de limitation du risque¹³¹⁸ – on est tenté de tirer les deux enseignements suivants.

453. Explication de la perte de vigueur des règles issues du droit des sociétés – D'une part – et on a déjà aperçu cette idée – cette analyse permet d'expliquer la perte d'effectivité des exigences issues du contrat de société. En effet on comprend qu'il soit de plus en plus difficilement admis que ces règles, dont la seule ambition lorsqu'elles furent forgées était de régir les rapports des associés entre eux, puissent contrarier les desseins de

¹³¹⁷ V. *supra* n°448.

¹³¹⁸ Les travaux envisagés se concentrent généralement sur les sociétés par actions, mais il est vraisemblable que leurs conclusions puissent être généralisées aux SSPRL dans leur ensemble.

la logique économique que servent les structures personnifiées. Ces dernières brassant en effet, au travers de l'entreprise qu'elles sont sensées abriter, les précieux enjeux de croissance et de performance de l'économie nationale¹³¹⁹, on comprend que les enjeux véhiculés par les questions relatives à la nature de la convention supposée unir les porteurs de parts puissent parfois paraître d'une importance bien mineure par comparaison¹³²⁰.

Aussi, de plus en plus, les exigences relatives au contrat de société tendent à apparaître comme d'irritantes contraintes anachroniques, déconnectées des véritables enjeux qui importent, et l'on s'autorise donc à ne les respecter que de façon strictement formelle, à la manière dont on perpétuerait un rite¹³²¹.

Tel est par exemple ce qui explique sans doute que, ainsi qu'on l'a aperçu, la traditionnelle prohibition des clauses léonines issue du contrat de société s'avère si souvent embarrassante dans la pratique moderne des sociétés de capitaux, au point que doctrine comme jurisprudence sont appelées à déployer des trésors d'inventivité pour élaborer quelques artifices logiques à même d'atténuer sa portée dans le but de valider des pratiques économiquement utiles¹³²². Ces exigences semblent donc souvent anachroniques ou désuètes au regard des enjeux effectivement brassés par les SSPRL. La logique est identique lorsque le droit tend à neutraliser les sanctions à des règles issues de la mécanique contractuelle, dès lors qu'elles menacent la bonne santé des entreprises. Et l'on ne s'étonne plus de voir les juges faire preuve de clémence et de souplesse par souci de laisser prospérer l'entreprise sous-jacente à une structure juridiquement imparfaite¹³²³.

Assurément ainsi, la systématisation proposée par l'école de Rennes, et qui repose sur l'idée de l'essor de l'entreprise en tant que finalité des sociétés par actions, permet

¹³¹⁹ V. *supra* n° 236 et s. ; rappr. D. SCHMIDT, « La société et l'entreprise », *D.* 2017, p. 2380 et s. ; « Plaidoyer en faveur d'une "économie de marché responsable" », *Le Monde*, 16 nov. 2016.

¹³²⁰ Rappr. *supra* n°449.

¹³²¹ V. J. PAILLUSSEAU, *Les fondements du droit moderne des sociétés*, *JCP G*, 1984, I, 3148, spéc. n°10, qui notamment évoque J. K. GALBRAITH: « Galbraith montre avec beaucoup d'humour comment, dans l'assemblée générale des grandes sociétés, le respect des formes procède de la perpétuation du rite » (*Le nouvel État industriel*, Gallimard, 1967, p. 94 et 95).

¹³²² V. *supra* n° 306 et s.

¹³²³ V. not. sur ce point P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale, les sociétés en sommeil » in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 96 et s. et spéc. n°60, p. 110 : « Toutefois, on peut observer que Cours et Tribunaux reculent toujours devant la dissolution des sociétés prononcée pour des motifs purement juridiques liés à la disparition d'un élément contractuel, dès lors que l'entreprise sociale peut en pâtir » ; v. aussi, E. SCHÄFFER, « Des causes d'ordre public de dissolution des sociétés », in *Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à J. Hamel*, Dalloz, 1961, p. 227 et s., spéc. n° 15, p. 235.

certainement d'expliquer l'éclipse corrélative des règles tirées du contrat de société et qui sont supposées gouverner la matière¹³²⁴.

Or, ce mouvement de désaveu grandissant des exigences issues de la société tend à laisser le champ d'application des SSPRL en « roue libre » on l'a dit, faute d'émergence d'une construction conceptuelle de substitution sur laquelle indexer ces régimes.

Ce constat conforte alors l'impérativité du second enseignement qu'il convient désormais de tirer de cette doctrine.

454. Nécessité de faire coïncider la SSPRL avec la notion d'entreprise qui en constitue désormais la substantifique moelle – Si les SSPRL sont avant tout des techniques d'organisation de l'entreprise, la question de savoir si notre droit positif ne gagnerait pas à faire alors de cette notion le pivot des conditions d'accès à ces régimes s'impose évidemment. Car quoi de plus naturel que de réserver le bénéfice d'une institution à ce à quoi elle est sensée servir ?

Parce que, communément, elle est pensée désormais essentiellement comme une technique d'organisation de l'entreprise, c'est sur la base de ce postulat que le législateur, la doctrine ou la jurisprudence modèlent le régime de la SSPRL. Consciemment ou non, tout laisse à croire que ceux qui œuvrent directement ou indirectement à l'élaboration du régime des SSPRL ont bel et bien à l'esprit lorsqu'ils éprouvent leur raisonnements, qu'ils évaluent les réformes qu'il projettent ou les décisions qu'ils s'appêtent à rendre, l'impact effectif du droit sur les entreprises sous jacentes¹³²⁵. M. Paillusseau remarquait il y a maintenant trente ans que « toute l'évolution du droit des sociétés montre l'adaptation de la société à l'entreprise. Peu à peu, insensiblement, parfois à l'insu des observateurs, le droit des sociétés s'est transformé pour répondre aux besoins des entreprises »¹³²⁶ et cette tendance s'est

¹³²⁴ Rapp. J. PAILLUSSEAU, *op. cit.* p. 252 : « après une longue évolution, les impératifs économiques se sont imposés très nettement. L'organisation du pouvoir dans la société ne paraît plus fondée sur la nécessité de permettre l'expression et la représentation d'une collectivité d'associés mais sur la nécessité de gouverner l'entreprise dans le respect des impératifs économiques de ses techniques de gouvernement ».

¹³²⁴ V. *supra* Chapitre 1.

¹³²⁵ Et en témoigne notamment les manifestations récurrentes que l'on a mis en évidence (v. *supra* n°436 ets.) de confusion ou d'assimilation de ces notions dans la pensée commune, dans les discours scientifiques, ou dans les travaux précédant les réformes, voire dans les lois elles-mêmes.

¹³²⁶ J. PAILLUSSEAU, « L'EUURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *JCP* 1986, I, n°3242, n°116 : « toute l'évolution du droit des sociétés montre l'adaptation de la société à l'entreprise. Peu à peu, insensiblement, parfois à l'insu des

assurément poursuivie depuis. Partant, il en va *a priori* du respect d'une directive de légistique la plus élémentaire que de tâcher d'opérer une coïncidence entre les hypothèses de réalisation effective d'un régime juridique donné et celles pour la réglementation desquelles celui-ci fut pensé et construit¹³²⁷. On est dès lors par principe tenté de faire de l'entreprise un concept cardinal du champ d'application des SSPRL.

455. Pertinence de l'indexation au regard du mécanisme de limitation de responsabilité – Cette idée paraît s'imposer avec une évidence et une acuité particulière en ce qui concerne ce pan spécifique du régime des SSPRL que constitue le bénéfice de limitation de responsabilité auquel ces structures donnent droit et qui nous intéresse ici au premier titre.

Tout d'abord en effet parce que l'on a vu combien cette mesure est dérogoire au droit commun, ce dont résulte une nécessité particulièrement impérieuse d'en cantonner le bénéfice aux seules hypothèses que ses justifications désignent.

Ensuite parce qu'il ne fait aucun doute que les justifications propres de cet aspect particulier du régime véhiculé par les SSPRL sont précisément et exclusivement adossées à la notion d'entreprise. C'est en effet uniquement parce que la SSPRL est pensée comme le siège de la vie entrepreneuriale que les prétendus associés bénéficient d'une limitation de leur responsabilité. Comme on a eu l'occasion de le montrer en effet, le bénéfice de ce régime ne tient nullement à la prétendue qualité d'associé, au sens contractuel, de leur titulaire, non plus qu'il ne peut être considéré comme une conséquence logique de l'appartenance à une personne morale¹³²⁸. Si les associés bénéficient de la limitation de leur responsabilité, c'est au contraire uniquement à raison d'un choix de politique économique reposant sur le postulat que

observateurs, le droit des sociétés s'est transformé pour répondre aux besoins des entreprises ». Rapp. l'exemple évoqué plus haut, n°440, du premier titre de la loi du 3 janvier 1983 qui aborde le problème du « financement des entreprises » en réformant les techniques du droit des sociétés. Rapp. encore, C. CHAMPAUD (« Le droit français des sociétés à l'aube du XXI^e siècle », *Rev. des sociétés* 2000 p. 7) selon qui l'approche entrepreneuriale « est devenue explicitement ou implicitement la clef de décodage des solutions par lesquelles les juges tentent de lire la loi à la lumière des besoins, des sensibilités et des tendances contemporaines ».

¹³²⁷ Mais il est vrai que cet impératif de cantonner un régime juridique aux seules hypothèses pour lesquelles il fut pensé varie en fonction des effets qu'il produit. Ici la gravité des dérogations qu'introduit la mesure de limitation de responsabilité commande tout particulièrement la strict cantonnement de ce régime aux seules hypothèses que désignent sa *ratio legis*.

¹³²⁸ V. *supra* Partie 1.

ces acteurs sont des parties prenantes à l'entreprise et à ce titre utile à celle-ci, la bonne santé des entreprises étant supposée quant à elle emporter les bénéfices économiques et sociaux que l'on sait¹³²⁹.

Partant, on est naturellement amené à vouloir modeler le champ d'application de cette mesure de faveur de manière à ce qu'il embrasse strictement et exclusivement les hypothèses qui justifient son édicton ; en d'autres termes, à n'accorder le bénéfice de limitation de responsabilité qu'à ceux qui sont effectivement susceptibles d'œuvrer à la création et à l'expansion des entreprises.

456. Ainsi, donc, si comme l'enseignait M. Paillusseau, « la personnalité morale est une réponse à un besoin en organisation juridique »¹³³⁰ et plus précisément, en ce qui concerne les SSPRL, une technique d'organisation de l'entreprise, on est tenté d'en cantonner le bénéfice aux seules hypothèses où ce besoin existe, et d'apporter une réponse justement adaptée et proportionnée à ce besoin.

La prise en compte de la notion d'entreprise par le droit positif à ce stade pourrait alors compenser efficacement le progressif effacement du cadre conceptuel initial que constituait la société¹³³¹.

Or, on aura l'occasion de voir bientôt qu'en dépit notamment de l'intégration formelle de la notion d'entreprise au sein de la définition légale de la société, la matière ne semble pas avoir opéré ce changement de paradigme¹³³².

B. Enseignements à tirer de la démonstration de M. Despax

457. La tendance à la personnification de l'entreprise, inopportune redondance – L'analyse que propose M. Despax d'une tendance à la personnification de l'entreprise, peut en un sens inviter à tirer un semblable enseignement et conclure à la nécessité d'une indexation du champ de la SSPRL sur l'entreprise¹³³³. Si l'auteur reste dans sa thèse,

¹³²⁹ V. *supra* n° 246 et s.

¹³³⁰ J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *art. cit.*, spéc. n°20.

¹³³¹ V. *supra* Chapitre 1.

¹³³² V. *infra* n° 482 et s.

¹³³³ Le constat dressé par cet auteur a pu susciter néanmoins bien plus de réserves que l'analyse proposée par l'école de Rennes, surtout dans la doctrine contemporaine qui, avec le recul, ne vit pas advenir la « révolution » qu'annonçait M. Despax dans sa thèse (v. *op. cit.* n°394, p. 418) : v.

relativement évasif quant aux conséquences qu'il conviendrait de tirer du constat qu'il dresse¹³³⁴, on a pu faire observer avec justesse que « le problème, et tout le monde le sent bien, est de savoir si l'entreprise ainsi personnalisée et pourvue d'organes n'absorberait pas la société »¹³³⁵ : la coexistence de ces deux sortes de personnes juridiques que seraient ainsi d'une part l'entreprise et d'autre part la société peut en effet paraître une situation d'une embarrassante redondance¹³³⁶.

Pour reprendre l'hypothèse des filiales étudiée par M. Despax¹³³⁷, on a pu par exemple se demander s'il ne serait pas complexe « de faire ressortir le lien de dépendance sans sacrifier la personnalité juridique propre » de chacune des structures ; en effet, « l'unité qui caractérise le groupe ne vide-t-il pas la personnalité morale des sociétés subordonnées qui ne tend plus qu'à être une apparence ? »¹³³⁸. Or, les structures sociales personnifiées étant des institutions juridiques bien mieux assises et bien plus solidement construites que ne l'est le concept d'entreprise, il serait assurément préférable que le conflit soit résolu par l'absorption de la notion d'entreprise par la structure sociale personnifiée, plutôt que l'inverse. Ce qui suppose donc bien entendu, de recentrer le champ d'application des SSPRL autour de la notion d'entreprise.

458. La tendance à la personnification de l'entreprise, symptôme de l'insuffisance du droit des sociétés – Plus encore, si l'on veut bien souscrire par ailleurs à l'idée selon

notamment pour une analyse très réservée de la personnification de l'entreprise : N. MATHEY, *th. cit.* n°814 et s., p. 395 et s. ; encore, A. et G. LYON-CAEN, « La doctrine de l'entreprise », *art. cit.*). Et v. le bilan relativement nuancé que fait M. Despax trente cinq ans après sa thèse, quant à la consécration effective de la personnalité de l'entreprise en droit positif : M. DESPAX, « L'évolution du droit de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur de J. Savatier*, Paris, PUF, 1992, p.177, spéc. note 6 pp. 178-179.

¹³³⁴ V. spéc. n°347, p. 373. Il remarque cependant que les traits caractéristiques de la société « ne “cadrent” nullement avec ceux de l'entreprise » et qu'une « inadéquation fondamentale semble ainsi exister entre les notions de société et d'entreprise » (*op. cit.* n°326, p. 356). Néanmoins il s'appuie sur les traits caractéristiques du contrat de société, or, nous proposons de nous défaire de ceux-ci, suivant par là l'évolution du droit positif des SSPRL, afin de modeler ces dernières au plus près de l'entreprise qu'elles servent à organiser.

¹³³⁵ P. COULOMBEL, *Le particularisme...*, *op. cit.* p. 202.

¹³³⁶ Rappr. J. PAILLUSSEAU, « Entreprise, société, actionnaires, quel rapport ? » *D.* 1999, p. 157 et s., spéc. n°22, qui fait notamment observer à propos de la conception de M. Despax : « Ce qui caractérise ce courant de pensée, c'est l'opposition de deux entités : la société et l'entreprise. Mais cette opposition est totalement irréaliste, car si l'entreprise devient une personne morale, comment peut fonctionner l'entreprise ? Qui produit ? Qui dirige ? Qui organise la production, la commercialisation, le financement ? Et, à quoi sert la société ? Ne produit-elle plus ? Ne vend-elle plus ? ».

¹³³⁷ V. *supra* n°447.

¹³³⁸ I. TCHOTOURIAN, *art. cit.*, spéc. p. 149.

laquelle la SSPRL constitue un instrument juridique dont la finalité est l'organisation de l'entreprise, conformément aux enseignements de l'école de Rennes, on peut analyser les diverses règles et solutions jurisprudentielles dans lesquelles Despax voyait les marques d'une personnification de l'entreprise comme autant de symptômes d'une réaction spontanée du corps juridique à l'incapacité des SSPRL à répondre au besoin d'une appréhension de l'entreprise.

Lorsque cette dernière déborderait le cadre sociétal qui lui est dévolu, l'ordre juridique éprouverait alors le besoin de l'appréhender directement, à tâtons, en tant que concept juridique autonome. Mais on est porté à croire que, bien souvent, la raison d'être de ces phénomènes disparaîtrait¹³³⁹ dès lors que le champ d'application des sociétés viendrait à coïncider effectivement avec l'entreprise.

En somme, les manifestations de personnification de l'entreprise relevées par Despax peuvent conforter l'idée selon laquelle il conviendrait de faire coïncider le champ d'application des SSPRL avec cette notion, en ce qu'elles sont le symptôme des limites du concept de société comme outil d'appréhension et de régulation de l'entreprise.

459. On aboutit donc à une conclusion semblable à celle à laquelle nous a mené l'examen de la conception de l'école de Rennes en ce que l'on en vient à estimer souhaitable que la SSPRL soit construite de manière à embrasser l'entreprise, faisant de celle-ci un élément cardinal du champ d'application des structures à risque limité.

Mais relevons que si l'on devait suivre la démarche que nous paraît appeler l'analyse de Michel Despax, il conviendrait de réaliser cette concordance entre les notions d'entreprise et de SSPRL de telle sorte qu'une même entreprise soit lovée au sein d'une seule et même structure et que, inversement, une même structure ne puisse servir qu'à l'accueil d'une seule et même entreprise. Par ce biais en effet, on éviterait assurément les inconvénients d'une législation redondante que l'on a évoqués. Le propos croise ici évidemment l'épineuse question des groupes de société qui souvent réalisent un phénomène de ventilation d'une même entreprise en une pluralité de structures juridiques.

¹³³⁹ Du moins toutes les fois où l'entreprise n'est pas exploitée par une personne physique car en ce cas, il serait toujours nécessaire au droit positif d'appréhender l'entreprise telle quelle.

Cette question spécifique, qui a déjà donné lieu à une littérature abondante¹³⁴⁰, devra être abordée ultérieurement car le phénomène de ventilation d'une même entreprise en une pluralité de structures juridiques nous paraît intéresser davantage, sous le prisme qui nous occupe, la question de la vigueur de la limitation de responsabilité des associés que celle du champ d'application de cette mesure¹³⁴¹. Aussi pour cette raison remettons nous à plus tard l'étude de cet aspect et concentrons nous donc pour l'instant sur la question de l'existence d'une entreprise comme condition d'accès au régime des structures personnifiées à risque limité qui nous occupe ici au premier titre.

§2. Les obstacles à une telle indexation

460. A cette proposition d'ériger l'entreprise en concept cardinal du champ d'application des SSPRL, il a pu être objecté que quelques obstacles s'opposent à la réalisation d'un tel projet. Parmi les critiques majeures auxquelles on peut songer, certaines peuvent être considérées comme relevant de questions de méthodologie légistique (A), une autre a trait aux difficultés de définition de ce concept d'entreprise (B).

A. Les objections d'ordre méthodologique

461. Deux objections seront ici envisagées, la première repose sur l'idée que cette démarche serait inspirée par l'insidieuses tentation d'adaptation du droit aux faits (1), la seconde, dont nous interrogerons la légitimité de principe, se prévaut de la contrariété d'une telle mesure aux souhaits de la pratique (2).

1. L'écueil de l'adaptation du droit au fait

¹³⁴⁰ V. not. A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *art. cit.* ; C. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés, op. cit.*

462. Un reproche injustifié – Tout d'abord, promouvoir l'indexation de la société sur l'entreprise est une démarche qui, a-t-on pu penser, serait animée par la regrettable tentation d'ériger en directive législative, l'adaptation du droit aux faits¹³⁴². Si l'on sait ce qu'une telle approche peut avoir d'insidieux¹³⁴³, il convient de s'inscrire en faux contre une telle accusation qui paraît ici reposer sur un sophisme. En effet, sauf à prendre au pied de la lettre d'éventuelles maladresses de rédaction, la proposition d'indexer la société sur l'entreprise doit être comprise comme suggérant de faire correspondre, non pas « les faits » et le droit, mais les représentations sociales sur la base desquelles le droit est conçu avec son objet de réalisation effectif. Il ne s'agit autrement dit, ici, que de s'assurer que le champ d'application effectif d'un régime juridique corresponde à celui sur la base duquel il est pensé et modelé : à supposer que le droit des SSPRL est pensé sur la base du concept économique qu'est l'entreprise, il est proposé de faire de ce même concept économique la base de son champ d'application. En aucune manière en revanche il n'est proposé de réaliser une projection « telle quelle » des « faits » dans la sphère du droit, ou plus précisément, d'ériger une certaine conduite sociale en norme au motif qu'elle serait répandue en fait – ce en quoi pêche la prétention d'adapter le droit aux faits¹³⁴⁴.

Le raisonnement est fondamentalement différent, on le comprend, sauf à se laisser abuser par les mots et notamment par la qualification de *pragmatique*¹³⁴⁵ ou de *réaliste*¹³⁴⁶ que parfois revendiquent les tenants des doctrines de l'entreprise¹³⁴⁷.

¹³⁴¹ La ventilation d'une entreprise en une pluralité de structures juridiquement étanches constitue en effet un moyen de limiter la prise de risque des entrepreneurs, on étudiera plus loin cette figure (v. *infra* n° 624 et s.).

¹³⁴² V. not. R. TEFFO, *L'influence des objectifs gouvernementaux sur l'évolution du droit des sociétés*, Dalloz 2014, préf. C. HANNOUN, n°79, p. 30 ; C. HANNOUN, « La réalité juridique de l'entreprise. Réflexions sur la perception par le droit de la réalité matérielle de l'entreprise », *Entreprises et histoire*, déc. 2009, n°57, p. 184 ; rapp. C. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p. 133 qui plus généralement voit en l'analyse substantielle du droit, qualifiée de « réalisme », une « variante actuelle du droit naturel, en ce qu'il fonde le droit sur l'ordre des choses ».

¹³⁴³ V. Ch. ATTIAS, D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977 chr. p. 251 s. Rapp. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ 1955.

¹³⁴⁴ V. *infra* n°464.

¹³⁴⁵ Le terme est notamment définie de la manière suivante par *Le petit Robert* : « Qui est adapté à l'action sur le réel, qui est susceptible d'applications pratiques, qui concerne la vie courante » ; « qui accorde la première place à l'action, à la pratique » (2013, entrée « pragmatique », n°2).

¹³⁴⁶ C. CHAMPAUD, « “Des droits nés avec nous”, introduction à la méthode réaliste du Droit », *Mélanges Farjat*, Frison-Roche éd. 1999 ; également « Fondements, permanence et avenir de la doctrine de l'entreprise », *art. cit.*, spéc. p.194.

¹³⁴⁷ V. à ce propos la réaction de M. Farjat à l'article de MM. Attias et Linotte *précité* : G. FARJAT, *op. cit.*, p. 735 et s.

2. La contrariété aux souhaits de la pratique

463. Il y a quelque paradoxe à découvrir justement, sous la plume des mêmes auteurs qui reprochent à la doctrine de l'entreprise d'être mue par cette surnoise ambition de modeler le droit sur le fait, une seconde objection qui repose sur l'idée selon laquelle le « divorce du droit et du fait » auquel correspond le décalage entre la société et l'entreprise, devrait être maintenu puisqu'il est recherché par la pratique¹³⁴⁸.

Par exemple, après avoir rappelé cette observation de R. Houin que « la divergence entre le fait économique et le droit (...) est imputable aux dirigeants de groupes qui la veulent et la recherchent »¹³⁴⁹, M. Teffo écrit que « l'objectif des règles de droit n'est pas de décrire la réalité économique mais d'offrir aux acteurs économiques les outils et les techniques juridiques auxquels ils aspirent »¹³⁵⁰. Par là l'auteur tend donc à suggérer le maintien du divorce pointé entre société et entreprise, au motif qu'il correspond justement à ce que recherche la pratique qui en est à l'origine.

464. L'économie du jugement de valeur – Or le raisonnement sur lequel repose cette objection encourt à l'évidence toutes les critiques que méritent ceux qui succombent à la tentation du « mythe de l'adaptation du droit au fait » et semble d'ailleurs particulièrement illustratif de cet écueil méthodologique¹³⁵¹. Car il prétend justement faire l'économie de cette étape cruciale qu'est le jugement de valeur¹³⁵² en promouvant un certain état de droit simplement par l'intensité de son utilisation pratique. Ainsi, l'excès de vitesse, le stationnement gênant ou la fraude fiscale rencontrent assurément un grand succès pratique, et répondent certainement en un sens aux besoins de ceux qui s'y livrent (car on peut par hypothèse supposer qu'ils ne s'y livreraient pas sinon) ; mais il ne suffit

¹³⁴⁸ R. TEFFO, *op. cit.* n°78-79, p. 30 ; C. HANNOUN, *op. cit.* p. 138.

¹³⁴⁹ R. HOUIN, *Les groupes de sociétés*, Commission « Droit et vie des affaires » de l'Université de Liège, 1973, p. 280, cité par F. TEFFO, *op. cit.* n°79, p. 30.

¹³⁵⁰ R. TEFFO, *op. cit.* n°78, p. 30.

¹³⁵¹ V. Ch. ATTIAS, D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait, *art. cit.*, spéc. On peut d'ailleurs remarquer la parenté de la formulation avec l'une des illustrations que retenaient MM. Attias et Linotte du phénomène qu'ils dénonçaient en cette phrase de J. Arnaud pour qui le droit a pour seul objectif de « répondre aux aspirations nées des transformations intervenues dans les faits économiques et sociaux » (*Les juristes face à la société du XIXème siècle à nos jours*, PUF, 1975, p. 30, cité par . Ch. ATTIAS, D. LINOTTE, *art. cit.*, spéc. p. 253).

¹³⁵² Ch. ATTIAS, D. LINOTTE, *art. cit.*, spéc. p. 255 et s. et rappr. plus généralement à propos du « sophisme naturaliste », A. VIALA, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010, p. 159 et s., n°80 et s., et notamment n°81.

certainement pas de constater l'existence ni même la fréquence d'une telle pratique pour justifier sa consécration juridique. Ces besoins sont-ils légitimes et ces pratiques réalisent-elles un juste équilibre des divers intérêts qu'elles sont susceptibles d'affecter ? Voilà les questions cruciales dont les tenants de ces sortes d'arguments semblent faire l'économie, rencontrant justement alors l'écueil de la tentation d'une adaptation du droit au fait¹³⁵³.

465. La prise en considération d'une seule catégorie d'intérêts en présence – Naturellement, les intérêts des utilisateurs directs de ces structures doivent être pris en compte mais ils ne sauraient constituer la boussole exclusive de la réglementation en la matière. Pour cette raison, doit être relativisée la portée de l'objection selon laquelle la réconciliation de la société et de l'entreprise devrait être rejetée au motif qu'elle contrarie les souhaits de la pratique.

La ventilation d'une même entreprise en une pluralité de structures juridiques étanche, par exemple, est assurément un moyen de limiter le risque pris par les maîtres de l'affaire ; avantageuse pour eux à cet égard, ils rechercheront *a priori* une telle configuration. Mais ces avantages se gagnent mécaniquement au détriment des tiers créanciers dont l'assiette du gage se réduira proportionnellement au nombre de structures étanches entre lesquelles l'entreprise sera divisée¹³⁵⁴.

Il est regrettable dès lors que cette « pratique », à laquelle certains prétendent se référer pour apprécier de la valeur d'une réglementation, ne soit incarnée comme ici que par l'une des catégories d'intérêts potentiellement en présence sinon en conflit dans les hypothèses régies par cette réglementation¹³⁵⁵.

Dès lors, le plébiscite rencontré « en pratique » par l'outil de réglementation considéré ne préjuge en rien de la valeur de celui-ci car ce succès pourrait par exemple n'être que le signe du caractère profondément déséquilibré de la réglementation en cause au bénéfice de ceux qui sont en mesure de la plébisciter. L'intérêt général comme celui des créanciers affectés par l'utilisation de ces

¹³⁵³ Rapp. P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques, 1978, p. 81 et s., spéc. n°93 et s. p. 123 et s., not. p. 124 : « Quant au vœu de voir accorder le fait et le droit, si souvent exprimé, parfois exaucé, il traduit une attitude d'esprit fort répandue. On accorde le droit au fait, on supprime la déviance au regard de la règle en vigueur en érigeant la déviance en nouvelle règle de droit. Comme s'il suffisait qu'une pratique soit courante pour justifier sa consécration en norme juridique ! ».

¹³⁵⁴ V. *infra* n° 624 et s.

¹³⁵⁵ Rapp. J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD. civ.* 1993, p. 705 et s., spéc. n°47, p. 723.

techniques sont muets – ou n'empruntent pas du moins le même canal d'expression – ; seuls les utilisateurs directs de celles-ci (maîtres d'affaires, actionnaires, dirigeants) ont voix au chapitre et c'est partant la satisfaction de leurs seuls intérêts que le plébiscite constaté permet de mesurer¹³⁵⁶.

Si la satisfaction de leurs intérêts est une donnée qui importe, sa prise en compte ne saurait certainement suffire à clore le débat¹³⁵⁷.

B. Les obstacles tenant aux difficultés de définition de l'entreprise

466. Une seconde difficulté vient contrarier la poursuite de la démarche proposée ; elle a trait aux difficultés de définition de la notion d'entreprise. Après avoir exposé l'objection traditionnelle à l'utilisation de la notion d'entreprise tenant à son caractère insaisissable et la voie méthodologique à suivre pour tenter de la définir dans le cadre qui nous occupe (1), il conviendra de présenter les grandes lignes des éléments caractéristiques qui ont été proposés en doctrine et qui paraissent cerner avec suffisamment de pertinence et de stabilité le phénomène pour rendre la notion d'entreprise opératoire (2).

1. Présentation de l'objection et remarques méthodologiques

467. Présentation de l'objection – On enseigne couramment qu'en droit, « la précision des concepts est un facteur premier d'effectivité »¹³⁵⁸. Au premier abord, la notion d'entreprise paraît absolument redoutable et fut d'ailleurs largement redoutée : on

¹³⁵⁶ Illustrant cette manière d'apprécier la valeur d'une mesure juridique à l'aune de son plébiscite évident par la catégorie d'acteurs qu'elle vient favoriser, v. Rép. min. n° 41247 à M.-J. Rivière : *JOAN Q*, n° 33, 17 août 2004, p. 6494 ; *Bull. Joly* 2004, p. 1142, § 232, dressant le bilan de la suppression du capital minimal en SARL : « Les données disponibles pour l'année 2003 montrent que le dispositif introduit par cette loi répond à une attente réelle de la part des créateurs d'entreprise soucieux de réduire la prise de risque pour développer leur affaire. En effet, sur 125 747 créations de SARL en 2003, 3 068 sociétés disposaient d'un capital social de lancement inférieur à 10 euros ».

¹³⁵⁷ V. pour plus de développements relativement à cette question de la ventilation d'une même entreprise en une pluralité de structures, *infra* n° 624 et s.

¹³⁵⁸ J. C. LAVILLIER, « Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations)... » *Etudes Camerlynck*, Dalloz 1978, p. 110, cité par Emmanuel GAILLARD *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica 1985, p. 16 n°14.

l'a dite « insaisissable et incontournable »¹³⁵⁹, elle apparaît à beaucoup comme « l'une des notions les plus irritantes qui soient pour un juriste » et opposerait « à toute conceptualisation une résistance tenace »¹³⁶⁰ ; certains auteurs n'hésitant pas d'ailleurs, pour cette raison, à qualifier de véritable « incitation à l'humilité » « toute réflexion sur l'entreprise »¹³⁶¹.

Pourtant, bien que certains de ses éléments caractéristiques recèlent encore quelques mystères et que le tracé de ses frontières suscite encore à certains égards quelques hésitations, il semble qu'avec le temps, les nombreuses recherches dont la notion a été l'objet portèrent leurs fruits et que l'époque où les difficultés de définition devaient faire renoncer les juristes à son emploi¹³⁶² soit dépassée¹³⁶³.

Au vrai, si cette notion est relativement jeune¹³⁶⁴, elle connut une ascension fulgurante : naissant avec l'époque industrielle, elle ne suscita vraiment l'intérêt des économistes qu'à partir des années trente¹³⁶⁵ mais devint rapidement l'un des concepts phares de nos représentations socio-économiques contemporaines¹³⁶⁶.

Sans entrer dans le détail des plus subtiles controverses, le consensus doctrinal s'établit généralement à un degré de précision qui paraît suffisant pour rendre la notion opératoire juridiquement¹³⁶⁷.

En tout état de cause, il semble d'ailleurs possible de s'accommoder d'un degré de précision relativement lâche car ainsi que nous l'illustrerons avec le régime de

¹³⁵⁹ A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTD com.* 1985, p. 621 et s., spéc. p. 623.

¹³⁶⁰ N. CATALA, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, p. V.

¹³⁶¹ N. CATALA *idem.* Rapp. N. BARUCHEL, *op. cit.* n°240 et s., p. 135 et s.

¹³⁶² Rapp. G. VEDEL (« La technique des nationalisation », *Droit social* 1947, p. 49), cité par M. DESPAX, *op. cit.* n°3, p. 4 : « ça et là l'entreprise tente de parvenir à la vie juridique, mais ses contours ne sont pas encore suffisamment dessinés dans le monde des catégories juridiques pour que le maniement d'une telle notion n'aille pas sans difficultés ni incertitudes » ; J. HAMEL, Actes du colloque sur « Le droit de l'entreprise et le droit social », *Revue internationale de droit comparé*, juillet-septembre 1954, p. 554 et s., spéc. p. 574, cité par M. DESPAX, *ibid.*

¹³⁶³ Rapp. en ce sens, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.* 2^{ème} éd. n°16, p. 102.

¹³⁶⁴ On en trouve cependant déjà la trace dans le Code de commerce de 1807 (v. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial*, 12^{ème} éd. LGDJ 2019, n°122 p. 85).

¹³⁶⁵ V. D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, Lamy - PUF, 2003, entrée « Entreprise » par P. DIDIER, p. 625 et s. ; rapp. B. BAUDRY et V. CHASSAGNON, *Les théories économiques de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 4, selon qui « C'est Ronald Coase [1937] qui est le véritable fondateur de ce qu'il convient d'appeler la théorie moderne de la firme » ; rapp. encore T. LAMARCHE, « La notion d'entreprise », *art. cit.*

¹³⁶⁶ Rapp. C. CHAMPAUD, « Propriété, pouvoir et entreprise », *art. cit.* spéc. p. 47 : « Peut-il encore exister des juristes pour mettre en doute la place primordiale du concept d'entreprise dans notre Société contemporaine ? Il n'est pas un journal imprimé, radiodiffusé ou télévisé qui n'en fasse quotidiennement, abondamment, mention ».

¹³⁶⁷ Et ce n'est pas la subsistance de controverses ou la poursuite de l'effort doctrinal de définition qui doit faire renoncer à l'usage de la notion : on consacre bien, aujourd'hui encore, des thèses de

limitation de responsabilité, les finalités de la règle dans le cadre de laquelle ce concept sera utilisé ont vocation à lui imprimer certains caractères¹³⁶⁸.

468. Remarques quant à la méthode à employer et à l'objet de définition – Au juriste qui s'emploie à tâcher de définir l'entreprise, deux voies s'offrent. D'une part, il peut choisir d'opérer une systématisation de la notion à partir des différentes occurrences qu'elle reçoit en législation en s'inscrivant alors dans le cadre d'une recherche « positiviste » de la signification de la notion « en droit » – et il paraît vraisemblable qu'une telle approche soit hautement ardue, à raison notamment de la diversité des objectifs poursuivis par les règles ayant recours à cette notions et qui ne sauraient être sans influence sur l'acception de celle-ci¹³⁶⁹. Une seconde approche possible consisterait simplement à tirer une définition de l'entreprise d'une analyse socio-économique. C'est assurément celle-ci qui devra être choisie car la démarche poursuivie ici consisterait, rappelons le, à permettre une coïncidence entre les occurrences de réalisation du régime juridique des SSPRL avec son objectif supposé de servir à l'organisation de cette entité économique qu'est l'entreprise. C'est partant dans la sphère socio-économique que doit être puisée la matière de cette définition. Naturellement, les conceptions de l'entreprise qui ressortent du droit positif ne sauraient être ignorées dans ce cadre car elles sont elles-mêmes construites dans la perspective de rendre compte de cette notion économique. Mais, à suivre la démarche que nous avons retenue, elles ne doivent être prises en compte qu'en tant que sources d'inspiration puisqu'elles sont elles-mêmes le fruit d'un travail de définition de la notion économique, et non comme l'objet du travail de systématisation qu'il convient de livrer.

469. Les théories économiques foisonnent et l'on comprend sans peine le sentiment d'étouffement que leur nombre et leur diversité ont pu parfois susciter¹³⁷⁰, comme on pourrait comprendre le sentiment d'étourdissement laissé par certaines¹³⁷¹.

doctorat à la notion de contrat (pour un exemple récent : D. GALBOIS, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, th. Paris II, 2018 dir. Y. LEQUETTE).

¹³⁶⁸ Rapp. T. LAMARCHE « La notion d'entreprise », *art. cit.* n°39 ; L. IDOT, « La notion d'entreprise », *Rev. sociétés* 2001, p. 191 et s., spéc. n°6 ; et v. *infra* n°531 et s.

¹³⁶⁹ V. *supra* n°467 et *infra* n°531 et s.

¹³⁷⁰ Rapp. F. PERROUX, « Droit de l'entreprise et droit social » Colloque international de droit social... Rapport Friedel, *Revue internationale de Droit comparé*, juillet-septembre 1954, p. 558 :

Confrontés cependant à la nécessité de donner de la notion une définition, les juristes parvinrent à en dégager certains traits caractéristiques qui semblent aptes à rendre compte avec pertinence de ses contours tout en offrant la stabilité et la précision suffisante pour faire de l'entreprise un concept juridique opératoire. En attestent les si nombreux pans du droit où la notion d'entreprise est depuis longtemps érigée en concept cardinal ainsi qu'il en va notamment en droit de la concurrence, en droit des entreprises en difficultés ou en droit du travail¹³⁷² (au vrai, aucun domaine ne semble d'ailleurs échapper à son emprise¹³⁷³).

Nous ne saurions reprendre ici en détail les travaux qui mirent en lumière ces aspects, et renvoyons le lecteur à leur consultation – et notamment à l'œuvre de systématisation particulièrement exhaustive et convaincante livrée par M. Lamarche¹³⁷⁴ – il s'agira donc ici de livrer simplement dans leurs grandes lignes, les éléments premiers d'une définition consensuelle.

2. Les éléments de définition de l'entreprise

« le juriste se trouve étouffé sous une telle avalanche de définitions économiques, qu'il ne sait laquelle choisir comme base d'une définition juridique » (cité par M. DESPAX, *op. cit.*, n°6, p.6).

¹³⁷¹ Et l'on pense ici en particulier à la célèbre théorie du *nexus of contract* (M. JENSEN et W. H. MECKLING, « Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure », *Journ. Financ. Economics* 1976, p. 305 et s.) que l'on a pu qualifier de *nexus of metaphores* (D. CAMPBELL, « The role of monitoring and morality in Corporate law : a criticism of the present regulation », *Australian Journal of Corporate Law* 1997, p. 343 et s. spéc. p. 361, cité par P. DIDIER, *art. cit.* spéc. p. 853) pour ses vertus explicatives assez restreintes et qui en tout cas n'aide pas à faire de la notion un concept juridique opératoire (concernant cette théorie du nœud de contrat, v. notamment B. BAUDRY, V. CHASSAGNON, *Les théories économiques de l'entreprise*, La découverte, 2014, not. p. 15 et s.).

¹³⁷² C'est par exemple autour des notions d'entreprise et d'activité économique que se définit le champ d'application du droit de la concurrence, tant en droit interne qu'en droit européen, v. par ex. D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD, M. DEPINCÉ, *Droit de la concurrence*, Lexis-Nexis, 2010, n°231 et s., p. 197 et s. ; M. PASTUREL, « Entreprise et raisonnement économique. Quelle place dans le droit positif ? L'exemple de la concurrence », in *Mélanges P. Bézard*, Montchrestien 2002, p. 273 et s., spéc. p. 273 ; Ch. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit.* n°116, p. 79 et s. V. encore, illustrant l'usage désormais classique de la notion en droit du travail, not. R. DE LESTANG, « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », *Droit social*, avr. 1979, n°4, p. 5 et s.

La notion se trouve encore largement utilisée en droit fiscal, ainsi par exemple, lorsque l'article 209, I du CGI dispose que l'impôt sur les sociétés se détermine en « tenant compte uniquement des bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France », impliquant la nécessité pour le juge de l'impôt de se libérer « de la structure juridique mise en place, pour accorder la qualification d'entreprise à des démembrements de sociétés non dotés de la personnalité morale et les imposer de manière autonome » (T. LAMARCHE, « La notion d'entreprise », *art. cit.*).

¹³⁷³ Rapp. par exemple, en droit des successions, l'article 831 C. civ. qui prévoit les modalités de l'attribution préférentielle de l'entreprise.

¹³⁷⁴ « La notion d'entreprise », *art. cit.*

470. En substance, deux traits caractéristiques sont presque invariablement dégagés par les travaux qui s'attèlent à cet effort de définition¹³⁷⁵.

Tout d'abord, c'est la notion d'activité économique qui apparaît consubstantielle à l'entreprise (a). Ensuite, on s'accorde généralement à ne voir d'entreprise que là où l'exercice de cette activité est réalisé avec un certain degré d'autonomie ou d'indépendance (b)¹³⁷⁶.

Ainsi l'entreprise est-elle définie par exemple comme « un centre autonome de décision exerçant une activité de nature économique »¹³⁷⁷, un « organisme se proposant essentiellement de produire pour les marchés certains biens ou services, financièrement indépendant de tout autre organisme »¹³⁷⁸, un « organisme autonome ayant pour but la production de certains biens ou services pour le marché »¹³⁷⁹, ou enfin une « unité institutionnelle engagée dans une activité de production »¹³⁸⁰.

a. Le recours à la notion d'activité économique

¹³⁷⁵ D'autres éléments de définitions sont également récurrents en plus de ceux sur lesquels nous allons nous concentrer, ainsi de l'idée d'organisation par exemple – ou d'ensemble organisé (v. par exemple L. IDOT, « La notion d'entreprise », *Rev. sociétés* 2001, p. 191 et s. spéc. n°9 et s et n°18 et s.). Mais dans la mesure où ils nous semblent pouvoir croiser les deux ici retenus, nous ne les aborderons qu'au travers ces derniers.

¹³⁷⁶ Ces deux critères que nous visions sont régulièrement considérés comme structurant de la notion, v. par ex. L. IDOT, « La notion d'entreprise », *Rev. sociétés* 2001, p. 191 et s. ; T. LAMARCHE, *art. cit.* ; A. DECOCQ, G. DECOCQ, *Droit de la concurrence*, LGDJ 7^{ème} éd., n°25 et s., p. 53 et s. Ils ne sont pas sans écho en droit européen, v. N. MATHEY, *Recherches sur la personnalité morale en droit privé*, th. Paris II, n°815 et s., p. 195 et s.

¹³⁷⁷ T. LAMARCHE, *art. cit.*, n°38.

¹³⁷⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit.

¹³⁷⁹ G. LAMBERT, « Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise », *Mélanges Kayser*, t. II, PUAM, 1978, p. 77 s., spéc. p. 78.

¹³⁸⁰ Cette définition provient du « Système de comptabilité nationale » (SCN) issu d'une résolution du Conseil économique et social des Nations Unies et publié conjointement par le FMI, l'ONU et l'OCDE avec pour fonction de donner un cadre conceptuel commun aux différents pays membres de ces institutions. Cette définition est celle que retient le *Dictionnaire de culture juridique* (entrée « Entreprise » par P. DIDIER). V. également P. DIDIER, « Une définition de l'entreprise », *Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, *Mél. P. Catala*, Litec, 2001, p. 849 et s.

De nombreuses autres définitions similaires à celle que nous avons listées pourraient encore être évoquées, par ex. celle de G. Lambert (« Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise », *Mélanges Kayser*, t. II, PUAM, 1978, p. 77 s., spéc. p. 78) qui comprend l'entreprise comme un « organisme autonome ayant pour but la production de certains biens ou services pour le marché » ; ou encore celle de MM. C. Boutard-Labarde et G. Cannivet : « entité exerçant une activité économique et dotée d'une autonomie suffisante de décision pour la détermination de son comportement sur le marché, que cette entité soit une personne physique, une personne morale ou un ensemble de moyens humains et matériels sans personnalité juridique » (*Droit français de la concurrence*, LGDJ 1994, p. 12).

471. C'est donc d'une part la poursuite d'une « activité économique » qui semble constituer, d'un avis quasi unanime, la caractéristique première de l'entreprise¹³⁸¹. Il est vrai que cette notion n'est pas elle-même d'une définition très aisée au premier abord. On aurait tort de penser pour autant que son utilisation ne revient qu'à déplacer le problème¹³⁸².

472. **La notion d'activité** – Le recours à la notion *d'activité* tout d'abord n'est pas neutre ; celle-ci supposerait « la répétition et la coordination d'actes de même nature, qui s'étalent dans le temps, la répétition d'actes déterminés »¹³⁸³, et s'opposerait ainsi à une « action isolée ou de quelques actions sporadiques, car un acte ou même plusieurs actes isolés sont insuffisants pour constituer une véritable activité »¹³⁸⁴. À suivre cette idée par exemple, « le bailleur d'immeuble et l'auteur qui se limite à publier ses propres œuvres ne font que des actes isolés de gestion de leur patrimoine »¹³⁸⁵. Et c'est généralement par référence à un but commun que l'on peut considérer comme « fédérés » les actes considérés¹³⁸⁶.

473. Ainsi entendu comme impliquant une certaine continuité de l'action, s'opposant à l'acte isolé, le critère de l'activité vient alors croiser l'idée d'organisation également récurrente au sein des multiples définitions de l'entreprise : l'entreprise supposerait en effet pour de nombreux auteurs une organisation minimale que réaliserait notamment l'affectation de ses moyens de réalisation¹³⁸⁷, autrement dit, une structure¹³⁸⁸.

¹³⁸¹ V. en plus des définitions citées *supra*, J. PAILLUSSEAU, « Entreprise, société, actionnaires, ... » *art. cit.*, spéc. n°24 et s. et « Qu'est-ce que l'entreprise ? », in J. JUGAULT (dir.) *L'entreprise : nouveaux apports*, Economica, 1987, p. 11 et s. ; rapp. aussi « L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *art. cit.*, spéc. n°127 : « sans activité, l'entreprise n'existe pas. Qu'elle disparaisse et l'entreprise disparaît ». Rapp. enfin T. BONNEAU, « De la notion d'entreprise », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 mars 2002, *Droit des sociétés*, juillet 2002, comm. 126.

¹³⁸² V. en ce sens, E. ALFANDARI (dir.), *Association*, Dalloz action 2000, n° 2207.

¹³⁸³ T. LAMARCHE, *art. cit.* n°19 ; v. également E. ALFANDARI, « Les entreprises relevant de la loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés », in « Le souci d'éviter la faillite des entreprises, la loi du 1^{er} mars 1984, Colloque de Deauville », *RJ com.* 1986, n° spéc., p. 33 et p. 39. Rapp. CJCE, 19 sept. 1995, *Ledernes Hovedorganisation c/ Dansk Arbejdsgiverforening*, aff. C-48/94, Rec. CJCE, p. I-2745 ; *D.* 1995, IR p. 219

¹³⁸⁴ T. LAMARCHE, *Ibid.*

¹³⁸⁵ T. LAMARCHE, *Ibid.* et v. pour ces exemples Cass. crim., 15 oct. 1979, *JCP* 1979, VI, 378 ; CA Aix-en-Provence, 28 oct. 1969, *RTD Com.* 1970, p. 444.

¹³⁸⁶ V. not. F.X. VINCENSINI, *La commercialité, recherche sur l'identification d'une activité* préf. J. MESTRE, PU Aix-Marseille, 1998, p. 44 et s., n°50 et s. ; Th. MASSART v° « Contrat de société » in *Répertoire Dalloz société* spéc. n°15.

¹³⁸⁷ V. not. J. PAILLUSSEAU, « Qu'est-ce que l'entreprise », *art. cit.*, not. n° 83, p. 37, ou encore « Entreprise, société, actionnaires, ... » *art. cit.* n°24 ; E. du PONTAVICE, « La notion d'entreprise », *Vie jud.*, 7-13 août 1989, p. 1, p. 7 et p. 11 ; G. LAMBERT, « Introduction à l'examen de la notion

474. Le caractère économique de l'activité – Le caractère économique de l'activité ensuite est certainement l'un des critères de définition majeurs de l'entreprise, bien qu'il ne soit certainement pas le plus aisé à définir¹³⁸⁹. Par là on entend généralement distinguer l'entreprise des « groupements sans but proprement productif agissant en dehors du circuit économique, comme les clubs de réflexion poursuivant une activité exclusivement intellectuelle, les groupements artistiques sans activité marchande, ou encore la cellule familiale qui n'intervient pas dans la circulation des richesses et se contente de consommer ce que d'autres ont produit, qui ne sont pas des entreprises »¹³⁹⁰.

Et l'on s'accorde généralement sur l'idée que ce « *substratum* économique »¹³⁹¹ propre à l'entreprise désigne « une activité de production, de transformation et de distribution de biens ou de services, ou de certaines de ces fonctions »¹³⁹². L'activité économique serait ainsi celle qui « participe à la production, à la circulation et à la distribution de richesses »¹³⁹³ ou qui, plus généralement, serait caractérisée par « le flux d'échanges de biens et de services »¹³⁹⁴, en insistant par là sur l'idée que l'entreprise serait une voie de transit des richesses. L'activité de production elle-même se définissant par le fait qu'elle « utilise des entrées pour produire des sorties »¹³⁹⁵ (de services, de biens, de richesses, *etc.*). La nature de l'activité menée

juridique d'entreprise », *Mélanges Kayser*, t. II, PUAM, 1978, p. 77 s. ; et définissant l'entreprise comme « la réunion de moyens coordonnés et organisés en vue de la réalisation d'un objectif économique déterminé », v. CA Montpellier, 7 mai 1987, *Gaz. Pal.* 1988, p. 16, note A. D. ; rapp. CA Rouen, 13 oct. 1987, *Gaz. Pal.* 1988, p. 15 ; en droit communautaire, CJCE, 11 mars 1997, *M^{me} Süzen*, aff. C-13/95, *Rec. CJCE*, p. I-1259 ; D. 1997, IR p. 84 ; Europe, mai 1997, comm. n° 156, cités par T. LAMARCHE, *art. cit.*, note 90 ; sur cette question, v. T. LAMARCHE, *ibid.*, n°21 et s. ; rapp. également L IDOT, « La notion d'entreprise », *art. cit.*

¹³⁸⁸ V. L IDOT, « La notion d'entreprise », *art. cit.*, spéc. n°9 et s. et n°18 et s.

¹³⁸⁹ E. ALFANDARI (dir.), *Association*, Dalloz action 2000, n° 2207.

¹³⁹⁰ T. LAMARCHE, *art. cit.* n°23

¹³⁹¹ A. SAINT-ALARY, « Le caractère civil ou commercial des entreprises travaillant sur les œuvres de l'esprit », *JCP* 1946, 494, cité par T. LAMARCHE *art. cit.* n°23.

¹³⁹² J. PAILLUSSEAU, « Qu'est-ce que l'entreprise ? », *art. cit.*, p. 16-17 ; T. BONNEAU, *note cit.* ; rapp. l'intervention du garde des Sceaux à l'occasion du débat de la L. 11 juill. 1985, *JOAN* 22 avr. 1985, p. 209).

¹³⁹³ E. ALFANDARI (dir.), *Association*, Dalloz action 2000, n° 2207 ; Rapp. également, C. CHAMPAUD, note sous Com. 11 mars 2008, *RTD com* 2008 p. 773 et s., spéc. p. 774 qui conçoit l'entreprise comme « activité organisée productrice de biens et de prestations créateurs de richesses ».

¹³⁹⁴ T. LAMARCHE, *art. cit.* n°26 ; CA Paris, 23 juin 1998, *JCP* 1999, I, 116, n° 4, obs. P. SIMLER et P. DELEBECQUE, pour qui l'activité économique « suppose un flux d'échanges de biens et de services »

¹³⁹⁵ Sur cette idée, P. DIDIER, « Une définition de l'entreprise », *art. cit.* spéc. p. 849

importe peu et elle peut être tout aussi bien « industrielle que commerciale, financière que libérale, *etc.* »¹³⁹⁶.

Au vrai, la question de savoir si le caractère lucratif de l'activité devait constituer un critère de définition de l'entreprise – en tant qu'il n'y aurait d'activité économique, et par voie de conséquence, d'entreprise, que lucrative – a pu soulever quelques hésitations. Les auteurs semblent aujourd'hui dans l'ensemble s'être ralliés à l'idée que la finalité lucrative de l'activité est indifférente¹³⁹⁷. C'est également la solution que retient généralement la jurisprudence lorsqu'elle doit faire application de la notion d'entreprise pour déterminer le champ d'application de l'obligation d'information due aux cautions personnes physiques ayant garanti « un concours financier à une entreprise » que prévoit l'article L313-22 du CMF¹³⁹⁸ ; ou encore lorsqu'elle doit se prononcer sur le champ d'application du droit de la concurrence, borné par référence à cette notion d'entreprise¹³⁹⁹.

De fait, le peu d'impact effectif que peut avoir en elle-même la finalité lucrative de l'activité sur le phénomène socio-économique observé incite de prime abord à cette conclusion : il semble en effet tout à fait possible de se représenter la même activité, exercée dans des conditions absolument identiques et mettant en prise les mêmes relations sociales, les mêmes structures d'organisation et d'affectation de moyens matériels et humains, et qui serait ainsi menée indifféremment, soit en vue de l'enrichissement personnel des maîtres de l'affaire, soit en vue d'autres fins désintéressées¹⁴⁰⁰.

¹³⁹⁶ J. PAILLUSSEAU, « Entreprise, société, actionnaires,... » *art. cit.* n°24.

¹³⁹⁷ V. not. M. DESPAX, *op. cit.*, n°6 et s., p. 6 et s. ; T. LAMARCHE, *art. cit.*, n°25 et s. ; P. DIDIER, « Une définition de l'entreprise », *art. cit.*, spéc. p. 850 ; v. également entrée « Entreprise » in *Dictionnaire de culture juridique, op. cit.*, p. 626-627 ; E. ALFANDARI (dir.), *op. cit.*, n° 2207 ; J. PAILLUSSEAU, « Qu'est-ce que l'entreprise, *art. cit.*, spéc. p. 62 et s., n°137 et s.

¹³⁹⁸ V. par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 12 mars 2002, Benard c/ Caisse d'épargne et de prévoyance de Poitou-Charentes ; D. 2002, 1199, obs. A. LIENHARD ; T. BONNEAU, « De la notion d'entreprise », *Droit des sociétés* n° 7, Juillet 2002, comm. 126 ; J. GHESTIN, A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil, les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n°693 et s., p. 519 et s.

¹³⁹⁹ V. par exemple CJCE, 16 nov. 1995, Fédération française des sociétés d'assurances, C-244/94, *Rec. CJCE*, p. I-4013 ; D. 1996, Jur. p. 317 ; D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD, M. DEPINCÉ, *Droit de la concurrence*, Lexis-Nexis, 2010, n°231 et s., p. 197 et s.

¹⁴⁰⁰ On envisagera volontiers par exemple qu'un même supermarché spécialisé dans la vente de produits labélisés « développement durable » soit exercée dans un cadre lucratif – l'excédent dégagé de l'activité étant par hypothèse réparti entre les détenteurs de capital – ou sans dessein de lucre – les maîtres de l'affaire ayant alors pour seul objectif le développement de la consommation de ces sortes de produits par souci d'intérêt général. On aurait spontanément quelques réticences à faire varier la qualification d'*économique* de l'activité considérée, comme la qualification d'*entreprise*, en fonction de cette circonstance de l'affectation de l'excédent d'actif dégagé au bénéfice des détenteurs du

475. Mais naturellement, les critères ici dégagés pour appréhender le phénomène socio-économique qu'est l'entreprise, sont susceptibles de fluctuer en fonction de la finalité des règles au services desquelles ils seront placés.

capital, qui paraît ici parfaitement indifférente sur le phénomène observé (V. not. T. LAMARCHE, *art. cit.*, n°24 et s.).

b. Le recours à l'idée d'autonomie

476. Importance du critère – Le seul critère de l'activité économique paraît cependant insuffisant à définir l'entreprise : il ne permet pas d'isoler l'entreprise du magma des relations économiques, de faire émerger l'entreprise comme entité singularisée ainsi qu'on se la représente spontanément.

Ainsi, un fabricant de pièces électroniques entrant dans la composition de certains téléphones doit-il par exemple être considéré comme une partie de l'entreprise fabricant ces téléphones ou comme une entreprise à part entière ? À quelles conditions un coursier-livreur doit-il être réputé diriger sa propre entreprise ou être inversement considéré comme un maillage d'une entreprise plus large qui englobe ses consorts ainsi que la plateforme numérique par laquelle il reçoit ses ordres de livraison ? Doit-on enfin considérer qu'une clinique médicale compte autant d'entreprises qu'elle compte de pôles de spécialité ou inversement, ces divers pôles doivent-ils être considérés comme faisant partie d'une entreprise unique¹⁴⁰¹ ? On le devine, c'est la nature des liens unissant ces divers « pôles d'activités » qui doivent être analysés pour dresser les contours des entreprises en présence. L'idée d'autonomie viendrait donc s'adjoindre, à en croire la doctrine majoritaire, à la notion d'activité économique pour définir l'entreprise¹⁴⁰².

477. Hésitations quant à l'objet de l'autonomie – Des hésitations naissent cependant et la doctrine semble en désaccord concernant l'objet précis de cette autonomie. Certains insistent sur la nécessité de l'autonomie financière¹⁴⁰³, d'autres, sur l'idée d'autonomie décisionnelle¹⁴⁰⁴, tandis que pour d'autres enfin, c'est par rapport à l'intérêt de l'entreprise

¹⁴⁰¹ Un certain courant économique conteste cependant cette approche, considérant qu'« il est peu sensé, voire dénué de sens, de tenter de distinguer les choses qui sont à l'intérieur de la firme (ou de toute autre organisation) des choses qui sont en dehors de celle-ci » (M. C. JENSEN et W. H. MECKLING, « Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure », *Journal of Financial Economics*, vol. 3, n°4, octobre 1976, p. 308 et s., spéc. p. 311, cité par B. BAUDRY, V. CHASSAGNON, *op. cit.* p. 20).

¹⁴⁰² V. les définitions générales et les références évoquées *supra* n°470.

¹⁴⁰³ E. JAMES, *Les formes d'entreprises*, Sirey, 1935, p. 131 : « tout organisme se proposant essentiellement de produire pour les marchés certains biens ou services et indépendant financièrement de tout autre organisme » (Cité par M. DESPAX, *op. cit.*, n°8, p. 7) ; rapp. H. TRUCHY, *Cours d'économie politique*, 4^e éd., 1936, p. 153, cité par T. LAMARCHE, *art. cit.* n°30.

¹⁴⁰⁴ T. LAMARCHE, *art. cit.*, spéc. n°29 et s ; E. ALFANDARI, *Droit des affaires*, Litec 1993, n°216, p. 166 ; C. CHAMPAUD, « Prospective de l'Entreprise », in *Connaissance Politique* n° 1, Dalloz 1983, p. 8 et s ; L. IDOT, *art. cit.* n°26 et s.

que doit essentiellement s'apprécier cette autonomie : l'entreprise devant constituer un *centre d'intérêt* autonome¹⁴⁰⁵.

Il n'est pas facile de trancher parmi ces différentes conceptions, mais cette hésitation ne semble pas véritablement porter à conséquence car ces trois critères se recourent très largement en pratique. Le droit positif semble quant à lui pencher généralement en faveur du critère de l'autonomie décisionnelle¹⁴⁰⁶.

Reste que, quelle que soit la nature particulière de l'autonomie que l'on veut bien retenir parmi les trois proposées, on admettra en son principe l'utilité qu'un tel critère peut remplir. Il rend assurément compte de nos représentations spontanées qui, selon les hypothèses, nous font nous figurer différents établissements comme de simples composants d'une seule et même entreprise, ou inversement, comme autant d'entreprises distinctes.

478. En tout état de cause, on comprend donc que malgré les quelques zones d'incertitudes dont souffre encore la notion, les études menées par la science économique et juridique tendent à lui donner aujourd'hui une consistance suffisamment précise et stable pour permettre son utilisation en tant que concept juridique opératoire pouvant être utilisé dans le cadre notamment du bornage du champ d'application de certaines structures sociales personnalisées.

Et il ne semble ainsi plus justifié d'écrire aujourd'hui à son propos, comme il y a maintenant un demi siècle, que « ses contours ne sont pas encore suffisamment dessinés dans le monde des catégories juridiques pour que le maniement d'une telle notion n'aille pas sans difficultés, ni incertitudes »¹⁴⁰⁷. On en voudra pour preuve son utilisation si courante ailleurs : en droit du travail, en droit de la concurrence ou encore en droit fiscal par exemple où la notion d'entreprise tend à devenir un concept central de nombreux pans de législation¹⁴⁰⁸.

¹⁴⁰⁵ V. not. J. PAILLUSSEAU, *art. cit.* n°157 et s., p. 69 et s ; L. BOY, *La notion d'intérêt collectif*, thèse, Nice, 1979 et sur la notion, v. également. G. COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise », *Mel. J. Savatier*, p. 143 et s.

¹⁴⁰⁶ V. T. LAMARCHE, *art. cit.*, n°32 et s.

¹⁴⁰⁷ G. VEDEL, « La technique des nationalisations », *Droit social* 1947, p. 49.

¹⁴⁰⁸ C'est par exemple autour des notions d'entreprise et d'activité économique que se définit le champ d'application même du droit de la concurrence, tant en droit interne qu'en droit européen, v. par ex. D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD, M. DEPINCÉ, *Droit de la concurrence*, Lexis-Nexis, 2010, n°231 et s., p. 197 et s. V. *infra* n° 528 et s.

479. Conclusion de section – Tandis que la notion de société est apparue comme un outil de représentation à de nombreux égards dépassé et inadapté au droit des structures personnifiées à risque limité, les propositions d'une approche fonctionnelle de la matière ont pu nous sembler séduisantes. Elles conduisent à ériger l'entreprise en concept cardinal de la matière puisque c'est essentiellement à l'organisation de l'entreprise que servent les instruments juridiques que sont ces sortes de structures personnifiées. Cette fonction d'organisation de l'entreprise explique en effet de nombreux pans de leurs régimes, à commencer par celui qui nous intéresse ici qu'est la limitation de responsabilité. Cette mesure de faveur est en effet pensée pour l'entrepreneuriat et ne se justifie que tant qu'elle incite à la création ou au financement des entreprises. Aussi est-on bel et bien incité, dans le prolongement de cette approche fonctionnelle, à prôner l'érection de l'entreprise en pivot de la matière et surtout en condition d'accès de ces régimes de SSPRL ; les objections courantes opposées à cette démarche ne nous ayant pas paru de nature à y faire renoncer.

Reste à savoir dans quelle mesure l'indexation du champ d'application des SSPRL sur l'entreprise est réalisée en droit positif, et le cas échéant, à envisager les moyens d'une telle réalisation.

Section 2 - L'entreprise, concept positif mineur du droit des structures à risque limité

480. Les doctrines de l'entreprise ne furent pas sans influence sur certains des outils classiques du droit des sociétés, il en va ainsi de la définition même de la société que le législateur a réécrite en 1985 autour de la notion d'entreprise, ou encore du concept de fictivité, outil protéiforme et plastique grâce auquel les juges ont pu parfois faire application de ces conceptions fonctionnelles. Faut-il pour autant croire à un renouvellement des paradigmes du droit des sociétés¹⁴⁰⁹ et à l'érection de l'entreprise comme nouveau pivot de la matière apte à combler le vide laissé par la défaillance du concept de société ? Rien n'est moins sûr ; en effet, la trop grande diversité des utilisations contemporaines des structures sociales personnifiées prive de pertinence une approche fonctionnelle globale par le biais d'outils conceptuels généraux communs à un droit des sociétés devenu trop hétérogène (Sous-section 1).

Mais si le droit « des sociétés » ne peut être appréhendé via une approche fonctionnelle unitaire, cette approche semble pouvoir être réalisée à l'échelon conceptuel inférieur en distinguant selon les types de structures personnifiées. Et il peut être envisagé alors de donner à l'entreprise une véritable portée dans le strict cadre du droit des structures à risque limité en réservant le bénéfice de ces dernières, conformément à leur finalité, aux seules hypothèses d'exploitation effective d'une entreprise (Sous-section 2).

¹⁴⁰⁹ Rappr. A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTD com.* 1985, p. 623 et s.

Sous-section 1 - L'incapacité des notions générales du droit des sociétés à réaliser l'approche fonctionnelle fondée sur la notion d'entreprise

481. De prime abord, on aurait pu penser que la redéfinition législative de la société par la notion d'entreprise aurait réalisé une sorte de consécration positive de cette dernière en l'érigeant au rang de véritable condition d'accès au bénéfice des structures personnifiées. Mais cette consécration était affectée d'un vice congénital évident qui tient à la trop grande hétérogénéité des fonctions auxquelles sont destinées les « sociétés », ce dont résulta une dénaturation de la notion d'entreprise dans ce cadre (§1).

Tout au plus, peut-on parfois deviner la marque de l'exigence d'entreprise à travers l'emploi de la notion de fictivité de la société dans quelques décisions jurisprudentielles mais la portée d'un tel mouvement semble aujourd'hui dérisoire (§2).

§1. La portée mineure de l'intégration de la notion d'entreprise au sein de la définition légale de la société

482. L'intégration de la notion d'entreprise à la définition de la société, l'apparence d'une consécration – En 1985, l'érection de l'entreprise en tant qu'élément de définition de la société par l'article 1832 du Code civil¹⁴¹⁰ a pu donner l'impression d'une consécration des théories défendues par l'École de Rennes¹⁴¹¹. Car si, à suivre la logique des représentations classiques, toute structure sociale personnifiée est supposée reposer sur une société dès lors que cette dernière se définit désormais par sa finalité d'organisation des rapports de parties collaborant à une entreprise¹⁴¹², alors, indirectement mais nécessairement, l'entreprise tend à devenir un critère essentiel de toute structure sociale personnifiée et partant une condition du bénéfice de limitation de responsabilité que

¹⁴¹⁰ V. loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 (*JO* 12 juill. 1985 ; *JCP G* 1985, III, 57435 ; M.-T., CALAIS-AULOY, « Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL », *D.* 1986, chron. p. 249 ; M. GALIMARD, « Observations sur la réforme fondamentale des sociétés », *Journ. not.* 1985, art. 58325).

¹⁴¹¹ Rapp. F. ZENATI, *RTD com.* 1985 p. 775 et s.

¹⁴¹² L'alinéa premier de l'article 1832 est aujourd'hui rédigé de la manière suivante : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. »

certaines d'entre elles octroient. Aussi, par ce biais, serait donc réalisée une heureuse concordance des hypothèses de réalisation de ce régime avec ses justifications.

483. « **Qui trop embrasse mal étreint** » – Mais la victoire des doctrines de l'entreprise que l'on aurait pu penser déceler en cette réforme législative s'avère du type de celle que remporta Pyrrhus car cette consécration de la notion d'entreprise se heurte à ce qui apparaît comme l'un des vices fondamentaux de la matière et qui consiste en une appréhension unitaire de l'ensemble des structures personnifiées via l'unique notion de *société*.

En effet, en tant qu'élément de la définition légale de la société et partant de toutes les sortes de structures sociales personnifiées que connaît le droit positif en plus du contrat éponyme, la notion d'*entreprise* doit recevoir dans ce cadre une acception qui lui permet de rendre compte de l'ensemble des hypothèses que l'article 1832 du Code civil a vocation à embrasser¹⁴¹³.

Or on sait que certaines des structures dites « sociétés » ont ouvertement et valablement pour finalité la simple détention d'actifs (sociétés civiles immobilières à simple finalité de gestion patrimoniale, sociétés de holding¹⁴¹⁴, etc.)¹⁴¹⁵. L'activité (si tant est que ce terme ne soit pas lui-même excessif) à laquelle elles sont destinées apparaît ainsi de type essentiellement « conservatoire ». Dans de nombreuses hypothèses, certaines structures personnifiées sont avant tout « créées pour être, non pour agir »¹⁴¹⁶ sans que nul ne songe aujourd'hui à remettre en en cause leur validité, à commencer par le législateur lui-même¹⁴¹⁷. D'ailleurs lorsque la question de la validité de telles structures fut posée aux juges, ces derniers estimèrent simplement

¹⁴¹³ Rapp. J. PAILLUSSEAU, « L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *JCP* 1986, I, n°3242, spéc. n°117.

¹⁴¹⁴ Sur le principe de la licéité des sociétés holding, v. not. CA PARIS, 18 juin 1986, *Rev. Société* 1986, p. 422 ; F. CASTRES-SAINT-MARTIN-DRUMMOND, *th. cit.*, n°127 et s., p. 122 et s. Il conviendrait peut-être de distinguer toutefois ici entre les *holdings* passives et les *holdings* animatrices (v. pour une définition de cette dernière É. PICHET, « *Holdings* animatrices de groupe : théorie et pratiques, *Rev. droit Fiscal* 2014, n°13, comm. 237, p. 9 et s. ; également F. DEBOISSY, « Société holding animatrice : comment établir la réalité de l'activité d'animation du groupe ? », *Rev. droit fiscal* 2014, n°13, comm. 244, p. 50)

¹⁴¹⁵ Rapp. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, 32^{ème} éd., n°26 et s., p. 11 et s.

¹⁴¹⁶ F. CASTRES-SAINT-MARTIN-DRUMMOND, *th. cit.*, n°399, p. 322 qui distingue cependant deux sortes de holdings.

¹⁴¹⁷ V. not. F. CASTRES-SAINT-MARTIN-DRUMMOND, *th. cit.*, n°107 p. 107 et plus généralement à propos de la conciliation des sociétés holdings avec le schéma sociétaire, n°396 et s. p. 319 et s.

qu'« une telle forme n'est interdite par aucune disposition légale ou réglementaire »¹⁴¹⁸.

De même, l'article 1832 ayant vocation à s'appliquer non pas seulement aux structures personnifiées mais encore à de simples sociétés non personnifiées qui assurément n'organisent pas toujours une entreprise¹⁴¹⁹, on ne saurait prétendre que le contrat de société n'existe que là où il y a une entreprise au sens strictement économique de ce terme, à moins de faire table rase de la longue tradition dont émane ce contrat et de réduire considérablement et inopportunément son champ d'application¹⁴²⁰.

484. Le contenu de la notion réduit à un dénominateur commun minimal – Dès lors, la conciliation qu'il est nécessaire d'opérer dans le cadre de la définition de l'entreprise au sens de l'article 1832 afin de rendre compte de situations aussi diverses que celles que recouvre le droit positif contemporain de son champ d'application ne peut se faire qu'au prix d'une torsion de la notion et d'une réduction de son contenu à un dénominateur commun minimal apte à saisir l'ensemble de ces situations.

La notion d'entreprise tend partant à n'être plus que l'ombre d'elle-même par un phénomène structurellement identique à celui décrit plus haut à propos de l'*affectio societatis*¹⁴²¹ : l'ambition de traiter de l'ensemble des structures personnifiées au travers du prisme d'outils conceptuels uniques – ceux de la *société* – conduisant à vider ces derniers de tout contenu opératoire à raison de la trop grande diversité des utilisations dont ils doivent rendre compte.

485. Par voie de conséquence, la doctrine enseigne généralement qu'il convient d'entendre la notion d'entreprise, au sens de cet article, non pas en son acception

¹⁴¹⁸ CA PARIS, 18 juin 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 853 §257, obs. P. LE CANNU ; *Rev. Soc.* 1986, p. 422, note Y. GUYON. (Cet arrêt rendu en 1986 jugeait très vraisemblablement d'une société à laquelle la rédaction de l'article 1832 issue de la loi du 11 juillet 1985 n'était pas applicable ; rien ne permet de penser cependant, au regard de la rédaction de la décision comme de la jurisprudence ultérieure, que la nouvelle définition légale de la société soit susceptible d'emporter une évolution de la conception des juges).

¹⁴¹⁹ On peut penser par exemple aux hypothèses où le contrat de société vise à organiser une opération unique, insusceptible, faute de répétition régulière, de se rapporter à une activité, consubstantielle à l'entreprise v. *supra* n°472 et POTHIER cité en note *infra*.

¹⁴²⁰ Rappr. POTHIER, *Traité du contrat de société*, vol. V, p. 138 évoquant les diverses espèces de sociétés : « il y en a qui se contractent pour avoir en commun certaines choses particulières, et en partager les fruits. Il y en a qui se contractent pour exercer en commun quelque art ou quelque profession. Enfin il y a des sociétés de commerce », rappr. F. DEBOISSY, « Le contrat de société », *art. cit.*, n°13 et s., p. 127.

économique et moderne que lui confère le langage contemporain mais selon une signification bien plus large et peut-être plus traditionnelle, en tant que « ce que l'on entreprend » ; et tout projet commun pourrait alors être considéré comme visé par une telle expression¹⁴²², celle-ci étant alors dépouillée de toute référence à l'idée d'activité économique¹⁴²³.

En dépit donc de la réécriture de l'article 1832, il est donc courant de trouver en doctrine l'affirmation selon laquelle les sociétés peuvent valablement ne pas poursuivre l'exploitation d'une entreprise au sens économique du terme¹⁴²⁴. Appréciation que l'on retrouve partagée par la jurisprudence lorsque, par exemple, pour l'application de l'article L 313-22 du Code monétaire et financier qui organise une obligation spéciale d'information au bénéficiaire de la caution garantissant « un concours financier à une entreprise », les juges considèrent que ne constitue pas un crédit à une entreprise celui consenti à une SCI de type familial¹⁴²⁵.

Aboutir à cette conclusion alors que la SCI est comme toute société définie par application de l'article 1382 comme ayant pour objet une « entreprise commune », suppose de postuler que la notion d'entreprise visée à L 313-22 C.M.F. n'est pas la même que celle visée par cette disposition du Code civil, et que, autrement dit, l'acception strictement économique visée par le premier de ces textes serait donc à distinguer de l'acception large visée par le second¹⁴²⁶.

¹⁴²¹ V. *supra* n° 291 et s. et n° 323.

¹⁴²² V. T. MASSART, *Répertoire Dalloz Droit des sociétés*, v° « Société (Contrat de) » *préc.*, spéc. n°6, F. DEBOISSY, « Le contrat de société », *art. cit.*, n°13 et s., p. 127. Rapp. F. CASTRES-SAINT-MARTIN-DRUMMOND, *th. cit.*, spéc. n°421 p. 339 qui relève que le droit fiscal « ne s'y est pas trompé » et considère que « la détention de participation par une holding n'est pas une activité imposable, ni au titre de l'impôt sur les sociétés, ni au titre de la TVA ».

¹⁴²³ *Contra*, M. JEANTIN, *op. cit.* 3^{ème} éd., n°60, p. 33.

¹⁴²⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.* 32^{ème} éd., n°28 p.12 et n° 35, p. 13.

¹⁴²⁵ V. le *Rapport de la cour de cassation* pour 2002, p 440 (qui emploie cette expression de « SCI de type familial »), et CA PARIS, 7 juin 2002, n°01-181 (à propos de la société « créée entre des époux et leurs enfants, dont la seule activité avait consisté à acheter un logement déjà loué et appartenant aux époux, et emprunter pour financer cet unique achat » (CA PARIS, 7-6-2002, n°01-181) ; *idem* CA Aix en Provence, 11 sept. 2017 n°06690, *RJDA* 7/08 n°855 à propos d'une SCI dont l'activité « consiste simplement à acheter un logement qui n'avait pas été mis en location mais avait été consacré à un usage familial » ; v. *Mémento Francis Lefebvre, Sociétés civiles*, n°8120 et s., p.217 et s. V. aussi Cass. civ. 1^{ère}, 12 mars 2002, *BJS* 2002, p. 1033, § 224, note B. SAINTOURENS ; Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 2004, *RJDA* 2004n°1163.

¹⁴²⁶ V. *Mémento Francis Lefebvre, Sociétés civiles*, n°95 et n°8120 et s. Rapp. également, CA PARIS, 3^{ème} ch. C, 12 janv. 2001, *Rev sociétés* 2001, p.132 considérant qu'une société civile n'est pas une entreprise au sens de l'article L. 123-11 C. com.

486. Nous ne prétendons pas critiquer ces raisonnements que déploient doctrine et jurisprudence qui s'emploient tant bien que mal à concilier la définition abstraite de la société avec ses prétendus modes de réalisation positive, incarnés par les différentes sortes de SSP. Nous ne prétendons pas non plus opérer ici une critique de la tendance du droit contemporain à l'instrumentalisation de la « société » afin de lui faire jouer le rôle de technique de gestion patrimoniale¹⁴²⁷. Notre présente ambition n'est que d'établir le peu de portée de la consécration de la notion d'entreprise en tant qu'élément de définition légale de la société.

Le fait est qu'en acceptant le travestissement de la notion qui découle du phénomène décrit, on se prive assurément de tous les bénéfices qu'il aurait été possible d'espérer de son utilisation dans le cadre strict des SSPRL où la notion aurait pu être entendue sous une acception strictement « économique ».

Et si l'on peut penser que le législateur a tâché de suivre les prescriptions doctrinales de l'École de Rennes en faisant pénétrer, en 1985, la notion d'entreprise au cœur du droit des sociétés, on ne peut que regretter qu'une telle consécration ait été faite au sein de la définition générale de la société, plutôt qu'il n'ait été choisi d'en réserver l'usage aux seules hypothèses pour le traitement desquelles cette notion aurait pu recevoir une véritable portée¹⁴²⁸.

487. Ainsi, en dépit du symbole qu'a constitué l'intégration de la notion d'entreprise à la définition légale de la société, il ne semble pas possible de penser que le droit contemporain des SSPRL ait opéré le changement de paradigme proposé par les tenants de la doctrine de l'entreprise¹⁴²⁹ : l'acception positive de la notion d'entreprise que contient l'article 1832 apparaissant bien trop large pour être véritablement opératoire.

Et de fait, il est exceptionnel de voir la jurisprudence faire usage de cette notion, sinon à la marge, en matière de fictivité, phénomène dont il convient désormais d'évaluer la portée.

¹⁴²⁷ V. pour une critique de la société holding, F. CASTRES-SAINT-MARTIN-DRUMMOND, *th. cit.*, spéc. n°564, p. 448.

¹⁴²⁸ Notamment en ce qu'elle aurait pu permettre de conditionner l'attribution effective du régime de limitation de responsabilité aux seuls acteurs susceptibles d'avoir sur l'économie les impacts qui justifient cette mesure.

¹⁴²⁹ Rappr. J. PAILLUSSEAU, « L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *JCP* 1986, I, n°3242, spéc. n°117.

§2 *Le faible impact des théories de l'entreprise révélé par l'étude de la fictivité*

488. Le faible impact en droit positif des doctrines de l'entreprise nous semble révélé par une observation des conceptions courantes de la fictivité des sociétés. En effet, la plasticité de la notion de fictivité en fait une sorte de couteau suisse à la disposition des tribunaux qui peut révéler les conceptions qu'ils se font de la matière.

Aussi, au travers de ce concept mou de fictivité, les doctrines de l'entreprise auraient pu trouver facilement un biais de réalisation positive (A). Mais confirmant ce que nous avons déploré plus haut, il apparaît que le défaut d'entreprise ou d'activité ne paraît pas véritablement crucial dans l'appréciation de la fictivité d'une structure (B).

A. La notion de fictivité, couteau suisse révélateur des conceptions spontanées des structures sociales personnifiées

489. **La fictivité comme concept mou** – Il est courant de voir affirmé que la société fictive est celle dont « la personnalité morale est artificielle », celle qui « n'a pas d'existence réelle »¹⁴³⁰. Bien entendu, ce type de formules est doté d'une force explicative bien faible car le critère de détermination d'une personnalité juridique « artificielle », par opposition à ce que serait une personnalité juridique « réelle », est justement toute l'épineuse question : la personnalité juridique n'est elle pas un précisément un concept bien abstrait, sinon un archétype de la fiction juridique¹⁴³¹ ?

Comme le faisait remarquer M. Hannoun, considérer « qu'une personne morale ne correspond à aucune réalité nécessite la définition préalable d'un critère d'existence des personnes morale »¹⁴³², de la même façon qu'en matière médicale, pour reprendre les mots de Claude Bernard, « la connaissance de l'état pathologique ou anormal ne saurait être obtenue sans la connaissance de l'état normal »¹⁴³³. Or, en l'occurrence, ce sont vraisemblablement les incertitudes qui affectent la finalité précise des

¹⁴³⁰ L. COMANGES « Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives », *BJS* 2003, p. 12 et s., spéc. n° 6 ; et n°15 : « La fictivité permet de sanctionner la création d'une personne morale irréaliste ».

¹⁴³¹ Rappr *supra* n° 29 et s.

¹⁴³² C. HANNOUN, *op. cit.*, p. 200 n°280.

¹⁴³³ C. BERNARD cité par P. DIENIER « Pathologie juridique et doctrine universitaire en droit des affaires » *D.* 1997, chron. p. 147.

structures sociales personnifiées qui sont justement la cause des difficultés à en distinguer les usages qui seraient pathologiques¹⁴³⁴.

Tel est en tout cas « le point d'ancrage d'une difficulté sur laquelle bute l'analyse des sociétés de façade »¹⁴³⁵ : la doctrine semble désemparée pour systématiser ce que recouvre effectivement la fictivité des sociétés et use le plus souvent de périphrases ou de définitions quasi circulaires et en tout cas fort peu opératoires¹⁴³⁶ lorsqu'elle n'admet pas plus simplement son impuissance à rendre compte d'une jurisprudence trop erratique¹⁴³⁷.

490. Et par conséquent riche d'enseignements – Reste toutefois que si la fictivité des sociétés apparaît comme une notion « fourre-tout »¹⁴³⁸, dont les juges font application de manière casuistique¹⁴³⁹ (preuve sans doute de l'état d'errance de la matière), on pourrait penser trouver dans leur jurisprudence les indices de leur conception spontanée des SSPRL, de la finalité qu'ils leur attribuent et de l'importance qu'il convient d'accorder à cette dernière. Le flou qui entoure la notion de fictivité offre ainsi aux tribunaux un large espace de liberté leur permettant de sanctionner les structures qui ne correspondent pas à leurs conceptions spontanées de la matière : la souplesse des concepts invoqués – fictivité, abus, *affectio societatis*, etc. – leur permet de sanctionner les structures auxquelles ils attribuent intuitivement un caractère « pathologique » et cette jurisprudence peut partant apparaître comme un matériau riche d'enseignement sur ce que doit être ou ce à quoi doit

¹⁴³⁴ Rappr. N. MATHEY, *th. cit.* n°1143, p. 556 : « Qu'est-ce qu'abuser de la personnalité morale ? En l'absence d'accord sur la finalité de la personnalité morale, les auteurs n'ont guère davantage pu s'accorder sur l'abus de la personnalité morale ».

¹⁴³⁵ C. HANNOUN, *th. cit.*, p. 200 n°280.

¹⁴³⁶ V. à titre d'illustration, la définition donnée par A. MARTIN-SERF, *Juris Class. Sociétés traité*, fasc. 7-40, *précité*, n°1 : « l'abus apparaît, et mérite à ce titre d'être dénoncé et sanctionné, lorsque la société ne se présente plus que comme un écran, un instrument juridique dénué de toute effectivité de fonctionnement : elle est alors entièrement détournée de sa définition légale telle que l'exprime l'article 1832 du Code civil. » ; ou encore celle quasi identique que propose l'*Encyclopédie Lamy sociétés commerciales*, qui définit l'abus de personnalité morale (dont relève la société fictive) de la manière suivant (§481) : « l'abus apparaît, et mérite à ce titre d'être sanctionné, lorsque la société ne se présente exclusivement que comme un écran, lorsqu'elle n'est qu'un instrument juridique dénué de toute effectivité, et qu'elle est ainsi entièrement détournée de sa vocation légale, telle que la définit à l'article 1832 du code civil ».

¹⁴³⁷ Rappr. not. A. LECOURT, note sous Cass. com. 15 nov. 2017, n° 16-20.193, *RTD com.* 2018. 374 et s., qui observe que « l'absence de critères techniques d'identification renvoie à la nécessité de s'appuyer sur des constatations purement factuelles » et R. MORTIER cité *infra* note 1438.

¹⁴³⁸ P. ROUAST-BERTIER, « Société fictive et simulation », *Rev. sociétés*, 1993, p. 750, spéc. n°35.

¹⁴³⁹ Rappr. R. MORTIER, note sous Cass. com., 15 nov. 2017, *Droit des sociétés* n° 4, Avril 2018, comm. 59 : « La société fictive constitue une notion assez malléable. Les considérations de pure opportunité ne sont pas absentes des décisions de nos juges, lorsqu'il s'agit de qualifier ou au contraire de refuser de qualifier telle une société. Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite ». Rappr. A. LECOURT : « l'absence de critères techniques d'identification renvoie

servir une structure sociale personnifiée aux yeux des magistrats¹⁴⁴⁰. Autrement dit, dans ce cadre, l'étude des occurrences de l'utilisation de la notion d'entreprise peut renseigner sur la place que cette notion occupe dans les conceptions contemporaines des structures personnifiées et, le cas échéant, sur son rôle éventuel de bornage du champ d'application des SSPRL.

B. La place de l'entreprise dans la caractérisation de la fictivité d'une SSPRL

491. Le renouvellement de la conception de la fictivité des sociétés – Il peut donc être instructif d'évaluer la place qu'occupe la finalité « entrepreneuriale » des SSPRL dans les conceptions et utilisation usuelles de la fictivité des sociétés.

La mise en correspondance de la notion de fictivité d'une structure sociale personnifiée avec le concept d'entreprise a pu être suggérée en doctrine¹⁴⁴¹. Or, ainsi que nous avons eu l'occasion de le voir, il est courant d'observer une évolution dans la conception de la fictivité des structures sociales de droit positif : la conception classique de la fictivité, fondée essentiellement sur une approche « contractualiste » (où la fictivité est réputée reposer sur le mécanisme de simulation et le défaut des éléments caractéristiques du contrat de société tel que l'*affectio societatis*¹⁴⁴²), serait accompagnée, voire remplacée, par une conception moderne de la fictivité issue de critères dits fonctionnels¹⁴⁴³ ou objectifs¹⁴⁴⁴ parce que tirés du mode fonctionnement de la personne morale. Or on pourrait penser que dans le cadre de cette approche renouvelée de la fictivité, une certaine importance soit

à la nécessité de s'appuyer sur des constatations purement factuelles » (note sous Com. 15 nov. 2017, n° 16-20.193, *RTD com.* 2018. 374).

¹⁴⁴⁰ Rappr. sur la flexibilité des catégories juridiques, J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4^{ème} éd. Dalloz 2003, n°197 et s., p. 225 et s. et ; v. aussi Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.) *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant 1984, et en particulier le rapport de synthèse par Ch. PERELMAN, p. 360 et s., spéc. p. 365.

¹⁴⁴¹ V. not. P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale, les sociétés en sommeil », *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques, 1978, p.81 s. ; rappr. également R. HOUIN, obs. sous Cass. com. 7 mars 1972, *RTD com.* 1973, p. 355 ; v. enfin *supra* Section 1. Rappr. A. CONSTANTIN, note sous Cass. com. 19 juin 1999, *Revue des sociétés* 1999 p. 824 et s.

¹⁴⁴² V. not. *Répertoire de droit des sociétés Dalloz*, « Sociétés fictives » par J.-J. DAIGRE, n°5.

¹⁴⁴³ Sur cette qualification d'analyse fonctionnelle, v. not. C. CHAMPAUD, « Le contrat de société existe-t-il encore ? » in L. CADIET (dir.), *Le Droit contemporain des contrats*, Economica 1987, p. 125 et s., spéc. p. 134, qui attribue la paternité d'une telle approche à G. Ripert lorsqu'il qualifiait la société anonyme de « machine juridique », « merveilleux instrument du capitalisme moderne », dans *Les Aspects juridiques du capitalisme moderne (op. cit.)*.

donnée à la finalité de ces instruments que sont les SSPRL, ce qui pourrait conduire à sanctionner de fictivité les structures utilisées à d'autres finalités que l'organisation et l'autonomisation d'une activité, sinon d'une entreprise¹⁴⁴⁵.

492. Mais cette logique ne semble recevoir qu'un écho bien marginal en droit positif. Malgré l'évolution des conceptions de la fictivité et en dépit de l'intégration de la notion d'entreprise au sein de la définition légale de la société¹⁴⁴⁶, il s'avère que la prise en compte de la finalité entrepreneuriale d'une structure personnifiée reste une donnée à l'importance bien relative dans la jurisprudence contemporaine (1). Et la doctrine ne paraît pas davantage attachée à une stricte affectation des structures personnifiées à leur finalité d'organisation d'une activité (2).

¹⁴⁴⁴ A. CONSTANTIN, note sous Com. 19 juin 1999, *Revue des sociétés* 1999 p. 824 et s., spéc. n°5.

¹⁴⁴⁵ V. not. en ce sens, L. COMANGES, « Le dangereux paradoxe des sociétés fictives », *art. cit.*, et spéc. n°6 : « Il semble que la fictivité n'est pas tant celle de la société que celle de sa personne morale ». V. aussi, P. ROUAST-BERTIER, *art. cit.*, spéc. n°36 : « Depuis la première et surtout la seconde guerre mondiale s'est affirmée au sein de la doctrine l'idée que la création d'une société est avant tout le moyen d'expression juridique d'une entreprise, et le moyen de réaliser l'autonomie patrimoniale qui est nécessaire à cette entreprise pour individualiser et organiser une fonction économique et obtenir des moyens de financement. On peut rapprocher de cette conception la notion de fictivité par confusion d'activités et de patrimoines et en déduire que cette notion exprime alors la sanction de l'abus qui résulte de l'utilisation d'une société d'une façon contraire à l'objet pour lequel cet instrument juridique a été conçu. La « fictivité » pour confusion d'activités et de patrimoines se rattacherait alors à la notion d'abus de droit (ou encore, pour M. Hannoun, à la notion de "transparence") ». V. encore J.J. DAIGRE, note sous Cass. com. 21 nov. 1995, *JCP E* 1996, 852. Et rapp. J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *art. cit.*

¹⁴⁴⁶ V. *supra* n° 482 et s.

1. La place de l'entreprise dans les conceptions jurisprudentielles de la fictivité

493. Dans une certaine mesure, quelques décisions peuvent laisser transparaître un certain attachement des juges au lien unissant les structures personnifiées à l'entreprise. Il peut en aller ainsi tout d'abord lorsque les juges choisissent d'étendre la procédure collective à l'ensemble des structures qui composent une même entreprise (a) ou encore lorsque le défaut d'activité est visé au titre des circonstances motivant le prononcé de la fictivité d'une structure (b). La portée de cette tendance jurisprudentielle reste toutefois très limitée, il convient de la mesurer.

a. La prise en compte de la ventilation d'une entreprise unique en une pluralité de structures dans le cadre des procédures collectives

494. **L'unicité d'entreprise, indice de fictivité parfois relevé** – Symptôme possible de cette tendance à une mutation de l'acception de fictivité, marquée par l'importance croissante accordée aux aspects de la personnalité morale¹⁴⁴⁷, il est parfois relevé que l'unicité d'entreprise tendrait à figurer parmi les indices pris en considération pour la caractérisation de la fictivité d'une structure dans le cadre d'une demande en extension de procédure collective. La démonstration de l'unicité de l'entité économique, ou de l'unicité de l'activité, pourtant ventilée en une pluralité de structures juridiques distinctes¹⁴⁴⁸ peut en effet apparaître dans quelques arrêts comme l'un des marqueurs du caractère artificiel du montage considéré¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴⁷ Rappr. L. COMANGES, *art. cit.*, n°6 ; « Il semble que la fictivité n'est pas tant celle de la société que celle de sa personne morale », rappr. *supra* n° 419 et s.

¹⁴⁴⁸ V. not. R. MARRAU, « Un paradoxe permanent du groupe de sociétés : indépendance contre unité économique de ses sociétés », *LPA* 5 août 1996, p. 4.

¹⁴⁴⁹ V. not. A. MARTIN-SERF, *J. Class sociétés traité*, fasc.7-40, *préc.*, n°39 ; v. Cass. com. 7 mars 1972, *Rev. sociétés* 1973, p.733 note J.-P. SORTAIS ; *RTD com.* 1973, p. 355 obs. R. HOUIN ; Cass.com., 8 nov. 1988, *D.* 1989, somm. p. 372, obs. A. HONORAT ; *Rev. sociétés* 1990, p. 71, obs. A. HONORAT ; *Journ. agrées* 1989, somm. n° 23, p. 236, obs. Ch.-H. GALLET ; Cass. com 8 février 1994, n°91-15.844, *Dr. sociétés* 1994, comm. 70, obs. Y. CHAPUT ; *Rev. sociétés* 1995, p. 100, obs. A. HONORAT et A.-M. ROMANI. Rappr. Cass. com. 9 octobre 1967 (*Bull.* III, n° 310 ; *RTD com.*, 1968.129, obs. R. HOUIN) où l'unicité d'entreprise semble avoir commandé l'extension de procédure collective, non sur le fondement de la fictivité d'une des sociétés mais sur celui de la confusion des patrimoines. Rappr. encore, Cass. com., 19 oct. 1993 (n° 91-11.073 ; *RJDA* 1994, n°169 et 205), qui reconnaît la fictivité de la société qui commercialise des produits fabriqués par une autre société, dans les locaux et avec le personnel de celle-ci, sans supporter la charge d'un salarié et qui, en dépit des apparences, ne constitue qu'un service de la société mère : bien que l'unicité d'entreprise ne soit pas explicitement évoquée, c'est vraisemblablement de cette logique que le raisonnement procède. Ou

495. Justifications – Il y aurait incontestablement une certaine logique à considérer que si la finalité de la structure personnifiée à risque limité est d'offrir un cadre juridique permettant l'organisation et l'autonomisation de l'entreprise par le biais d'une affectation des moyens de réalisation de cette activité, lesquels répondent seuls des dettes engendrées par l'activité, la contrepartie nécessaire devrait en être que les entrepreneurs soient au moins tenus d'affecter à ce cadre juridique tous les éléments d'actifs qu'ils destinent effectivement à cette activité, et qu'il ne leur soit pas permis de ventiler en une pluralité de poches autonomes les richesses concourant à cette même exploitation¹⁴⁵⁰. S'il est admis, en d'autres termes, par une mesure de faveur aux entrepreneurs, que *seuls* les actifs qu'ils affectent à l'activité répondront des dettes issues de celle-ci, il pourrait logiquement leur être imposé en retour que *tous* les actifs destinés à cette activité en répondent. Et que ceux qui exploitent, mettent en œuvre et profitent d'une activité donnée n'aient ainsi pas la possibilité de ventiler discrétionnairement les actifs utiles à cette activité en autant de poches étanches qu'ils le souhaitent – réalisant un compartimentage des richesses et des risques sans lien avec la réalité du phénomène socio-économique qu'est l'entreprise¹⁴⁵¹.

496. Le rejet de l'érection de l'unité d'entreprise en cause d'extension autonome de procédure collective par la Cour de cassation – Cette idée a pu un temps exercer une certaine séduction au point que certaines juridictions du fond, au cours des décennies 1980-1990, érigèrent l'unicité de l'entreprise en cause autonome d'extension de procédure

enfin Cass. com. 6 avr. 1993, *BJS* 1993, p. 677, qui confirme l'appréciation de la Cour d'appel estimant que n'existait nulle confusion de patrimoine, en relevant notamment que la filiale exerçait « une activité réelle et distincte » de celle de la société mère.

¹⁴⁵⁰ V. sur cette logique qui semble au principe du mécanisme de la limitation de la responsabilité des associés à leurs apports, *infra* n° 590 et s. et rapp. S. SCHILLER, *th. cit.* n°301 et s., p. 149 et s., qui identifie la nécessité d'une connexion entre l'activité et la garantie comme l'une des « connexions radicales » du droit des sociétés, et pour qui « le respect de la connexion entre l'activité sociale et la garantie apparaît (...) comme une nécessité pour que la société puisse conclure des conventions pourvues de force obligatoire » (*th. cit.* n°324 p. 160). Ce lien transparaît d'ailleurs nettement dans la construction du mécanisme de l'EIRL telle qu'elle fut initialement pensée : le bénéfice de la séparation de patrimoine était ainsi subordonné à l'affectation au patrimoine professionnel de l'ensemble des biens nécessaires à l'activité – avant son récent malheureux désaveu par la loi PACTE du 22 mai 2019 (v. art. L 526-12, L 621-2 et L 526-6 du Code de commerce dans leur rédaction antérieure à la loi PACTE n°2019-486 du 22 mai 2019 (art. 7); rapp. *infra*, n° 597. Rapp. S. PIEDELIEVRE, « Patrimoine d'affectation, droit des créanciers et droit des sûretés », in *Mélanges P. Le Cannu*, LGDJ 2014, p. 547 et s.).

¹⁴⁵¹ V. sur cette technique de ventilation de l'entreprise en une pluralité de structures, qui paraît inspirée du métabolisme du lézard qui lui permet « d'abandonner sans dommage sa queue au prédateur qui s'en est saisi » (C. CHAMPAUD et D. DANNET note sous Cass. com. 19 avr. 2005 (aff. Metaleurop), *RTD com* 2005, p. 541 et s.), *infra* n° 624 et s.

collective¹⁴⁵². Et la proposition fut même portée devant le législateur qui l'a finalement rejetée toutefois pour l'insécurité juridique qu'elle aurait occasionnée¹⁴⁵³.

Aujourd'hui, la Cour de cassation semble avoir sans beaucoup d'équivoque, condamné cette conception : par une série de décisions, elle a en effet nettement affirmé l'insuffisance du seul constat de l'appartenance de plusieurs structures à une entreprise unique pour justifier l'extension de la procédure collective à laquelle l'une d'entre elles serait soumise¹⁴⁵⁴. Avec constance désormais, la Cour affirme exiger, pour le prononcé d'une telle solution, la démonstration de la fictivité d'une au moins des structures ou de la confusion des patrimoines des sociétés en cause (ce dont on peut logiquement déduire qu'elle présuppose que la simple unicité d'entreprise unissant diverses structures ne saurait suffire à caractériser la fictivité de celles-ci¹⁴⁵⁵) ; et ne semble généralement plus accepter la fictivité que là où existe un vice de fonctionnement tenant à la méconnaissance de l'autonomie formelle des personnes morales en cause, ainsi que nous l'avons précédemment observé¹⁴⁵⁶.

497. Quelques applications apparentes du critère de l'unicité d'entreprise pour caractériser la fictivité de la structure – Au vrai cependant, quelques décisions sont parfois visées en tant que marqueurs d'un désaveu de cette dernière affirmation. Dans un arrêt du 8 novembre 1988 par exemple, la Chambre commerciale rejette le pourvoi formé contre la décision d'appel en considérant « qu'ayant retenu, par une décision motivée, que la SCP était une société fictive formant, en réalité, avec les autres personnes morales désignées, distinctes en apparence, une entreprise unique, la Cour d'appel a pu étendre le redressement judiciaire commun à la SCP »¹⁴⁵⁷.

¹⁴⁵² V. par exemple Paris, 3^{ème} ch. B, 20 mars 1986, *Rev. jur. Com.*, 1986, 294, n°1138, note Ch.-H. GALLÉT ; *Rev. société* 1987, 98, Somm., obs. Y. GUYON ; Poitiers, 9 déc. 1987, *Rev. proc. Coll.*, 1988, p. 346, obs. P. DIDIER ; Versailles, 16 déc. 1987, *D.* 1988, Somm. 383 obs. A. HONORAT ; *Rev. des Sociétés* 1987, 434, obs. A. HONORAT.

¹⁴⁵³ V. A. CHAIGNEAU, « L'entreprise sans patrimoine », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2017, n°5 p. 52 et s. ; *JO*, 26 janv. 1985, p. 1907.

¹⁴⁵⁴ V. par exemple Cass. com. 15 novembre 1994, *Bull. civ. IV*, n°338 ; Cass. com. 20 oct. 1992, *Bull. civ. IV*, n°314, *Rev. proc. coll.* 1993, p. 265, obs. J.-M. CALENDINI ; v. F. DERRIDA, « L'unité d'entreprise est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire ? », in *Mélanges J. Derruppé*, 1991, p. 29, et s. et les références citées. V. encore F. AUBERT, M.-C. PINIOT, « Personnalité morale et procédure collectives dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation : de la confrontation à la conciliation », *Mélanges P. Bézard*, Montchrestien 2002, p. 287 et s.

¹⁴⁵⁵ V. F. AUBERT, M.-C. PINIOT, « Personnalité morale et procédure collectives dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation : de la confrontation à la conciliation », *art. cit.*, spéc. p. 295. Rapp. *infra* n°624 et s.

¹⁴⁵⁶ V. *supra* n° 416 et s.

¹⁴⁵⁷ Cass. com. 8 nov. 1988, *préc.*

498. La portée bien relative de ces décisions – La portée de telles décisions mérite toutefois d'être relativisée¹⁴⁵⁸. S'il est vrai que l'unicité d'entreprise peut parfois se trouver relevée parmi les nombreux indices qui figurent dans la motivation de décisions concluant à la fictivité de la structure en cause¹⁴⁵⁹, cette circonstance est généralement accompagnée d'autres facteurs témoignant du non respect de la logique formelle de la personnification telle que nous l'avons jusqu'ici entendue – non respect de l'autonomie patrimoniale, décisionnelle ou des rites sociaux – dont nous avons dit qu'ils paraissaient suffisants à emporter le constat de fictivité de la structure¹⁴⁶⁰. Les deux décisions où cette circonstance semble le plus nettement isolée et qui sont parfois citées comme attestant de sa prise en compte par les Hauts magistrats¹⁴⁶¹, ne sont en réalité que des arrêts de rejets rendus dans des affaires où le pourvoi commettait la maladresse de développer un argumentaire sur le terrain de la confusion de patrimoine, tandis que les juges d'appel avaient justifié l'extension de la procédure par la fictivité des sociétés¹⁴⁶². Dans ces deux affaires, les juges de cassation ont pu se borner à rejeter le pourvoi sans avoir à véritablement apprécier le bien fondé du constat de fictivité retenu par les juges du fond¹⁴⁶³. Cette maladresse commise par les auteurs des pourvois devait également conduire à ce que ne soient pas repris, dans les arrêts de cassation, les multiples éléments qui étaient pris en considération par les juges du fond pour caractériser la fictivité des structures en

¹⁴⁵⁸ V. les arrêts cités *supra* note 1449.

¹⁴⁵⁹ On sait que la question étant largement teintée de casuistique, les tribunaux ont tendance à faire référence à une multitude d'indices pour fonder leur décision, rapp. *supra* n° 416 et s.

¹⁴⁶⁰ V. *supra* n° 416 et s. et *infra* Titre 2 ; rapp. B. GRIMONPREZ, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Revue des sociétés* 2009, p.715 et s., spéc. n°8.

¹⁴⁶¹ Cass.com., 8 nov. 1988, *précité* ; Cass. com 8 février 1994, *précité* ; V.. A. MARTIN-SERF *J. Class sociétés traité*, fasc. 7-40, *préc.*, n°39.

¹⁴⁶² Quant à l'arrêt du 9 octobre 1967 (Cass. com. *précité*) c'est à l'inverse sur le terrain de la simulation que le pourvoi développait son argumentation tandis que c'était au fondement de la confusion de patrimoine que la Cour d'appel avait prononcé l'extension de procédure. La Cour de cassation pouvait donc de la même manière se borner à soulever simplement cette confusion pour rejeter le pourvoi de sorte qu'il est difficile d'apprécier l'importance que revêt la circonstance de l'unicité d'entreprise ainsi que si d'autres critères de confusion de patrimoine avaient été retenus par la Cour d'appel.

¹⁴⁶³ Cela est net en ce qui concerne l'arrêt du 8 février 1994. Cette maladresse commise par les demandeurs au pourvoi dans ces deux affaires, masque ainsi l'exposé détaillé et l'appréciation des différents critères utilisés par les juges du fond pour prononcer la fictivité. Ainsi, la Cour d'appel de Paris avait elle dans relevé dans son arrêt du 17 décembre 1986 (*Gaz. Pal.* 1987, 1, p. 256) qui donna lieu à l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 8 novembre 1988, outre des indices permettant de caractériser l'unicité d'entreprise, d'autres éléments comme des irrégularités de comptabilité « anormales pour des personnes possédant des patrimoines nettement différenciés ».

cause et qu'ils avaient en réalité déduit d'autres circonstances que de la seule unicité d'entreprise¹⁴⁶⁴.

499. Illustration – la validité du montage SCI / société d'exploitation – Illustrant d'ailleurs l'insuffisance du critère examiné de l'appartenance à une entreprise unique, la Haute juridiction manifeste par exemple son attachement à la validité de principe du montage courant consistant à ventiler les moyens d'une entreprise donnée en isolant l'actif immobilier du reste des moyens d'exploitations, grâce à la constitution d'une SCI distincte de la société en charge de l'exploitation.

De manière assez nette en effet, la Cour de cassation refuse aujourd'hui de voir dans le principe d'un tel montage les marques de la fictivité¹⁴⁶⁵, tant du moins qu'il ne

¹⁴⁶⁴ Ainsi, la Cour d'appel de Paris avait elle relevé dans son arrêt du 17 décembre 1986 (*Gaz. Pal.* 1987, 1, p. 256) qui donna lieu à l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 8 novembre 1988 (*précité*), outre des indices permettant de caractériser l'unicité d'entreprise, d'autres éléments comme des irrégularités de comptabilité « anormales pour des personnes possédant des patrimoines nettement différenciés ».

¹⁴⁶⁵ V. par exemple Cass. com., 25 juin 1996, *Bull. civ.* 1996, IV, n° 190 ; *JCP G* 1997, I, 4004, n° 1, obs. Ph. PETEL ; *Def.* 1996, p. 1297 obs. H. HOVASSE ; *Quot. jur.* 16 juill. 1996, p. 2, qui prend sans ambiguïté le parti de la validité de principe de ce montage :

« Attendu que, pour confirmer le jugement, la cour d'appel retient, par motifs adoptés, que la SARL est locataire de la SCI, que le gérant de la SARL est associé dans la SCI et détient 50 % de son capital, qu'en raison de la situation financière de la SARL, il est peu probable que le loyer soit payé à la SCI, que des liens étroits existent entre les deux sociétés par l'identité de leur siège social et de leurs dirigeants et qu'il paraît opportun, pour la suite de la procédure, d'étendre à la SCI la liquidation judiciaire ouverte à l'égard de la SARL ; qu'elle relève encore, par motifs propres, que la SCI a été constituée entre M. Bechou, gérant de la SARL, et sa compagne qui en est le gérant, qu'elle a pour objet l'acquisition, la propriété, l'administration et l'exploitation d'immeubles, qu'une banque lui a consenti un prêt, garanti par le cautionnement de M. Bechou et de sa compagne, pour la construction d'un local à usage professionnel à l'adresse de son siège social, que l'immeuble a été donné en location par la SCI à la SARL qui y a exploité son activité commerciale pour un loyer constituant l'unique ressource de la SCI, que celle-ci n'a été créée que pour "abriter" un actif immobilier entièrement consacré aux besoins de la SARL et de son gérant, dirigeant de fait de la SCI, dont il assurait la quasi-totalité du financement par l'apport qu'il lui avait fait en compte courant, et qu'il résulte de ces éléments que la SCI n'était qu'une société fictive par rapport à la SARL, la confusion des patrimoines résultant de ce qui précède ; - Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à établir la fictivité ou la confusion des patrimoines de ces deux personnes morales, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Dans le même sens, v. Com. 25 nov. 1997 (*Revue des sociétés* 1998 p.586, note C. PORTERON) qui refuse encore de considérer fictive une SCI dans le cadre d'une demande en extension de procédure collective, alors qu'il était pourtant établi que sa seule « activité » consistait à détenir un actif immobilier en vue de son exploitation par une SARL, laissant par là penser qu'elle n'était finalement qu'un élément de l'entreprise exploitée en SARL. V. encore, Cass. com., 15 déc. 1992 : *Rev. proc. coll.* 1993, p. 266, obs. J.-M. CALENDINI ; Cass. com., 28 juin 1994, *RJDA*, 1994/11, n° 1206, 1^{ère} esp.

Et v. plus généralement C. CUTAJAR, « Le montage société civile immobilière-sociétés d'exploitation à l'épreuve de l'extension jurisprudentielle de la procédure collective », *Bull. Joly Sociétés*, 1999, p. 1057, § 247 ; M. COZIAN, « Société civile immobilière - Société d'exploitation, est-ce vraiment un couple infernal ? » *JCP E* 1997, I, 634 ; H. NOVASSE, « La société civile immobilière à l'épreuve de la procédure collective de son locataire », *Deffrénois* 1996, p. 961, n° 36377 ;

V. cependant Cass. com., 21 nov. 1995, *JCP E* 1996, 852, note J.-J. DAIGRE ; *Rev. proc. Coll.* 1997, p. 165, n°4, obs. CALENDINI, dont la doctrine semble généralement s'accorder sur le peu de portée (v. not. M. COZIAN, « Société civile immobilière - Société d'exploitation... » *art. cit.* ; C. CUTAJAR, « Le montage société civile immobilière-sociétés d'exploitation à l'épreuve de l'extension

s'accompagne pas d'autres circonstances révélatrices d'une confusion d'intérêts, de flux financiers anormaux ou d'une absence d'autonomie décisionnelle¹⁴⁶⁶, critères de la fictivité qui semblent aujourd'hui hégémonique, on l'a vu, du moins dans le cadre des procédures collectives¹⁴⁶⁷.

500. À l'analyse ainsi, la ventilation d'une entreprise unique en une pluralité de structures juridiques distinctes est une circonstance qui apparaît insuffisante à justifier le prononcé d'une extension de procédure collective. Quant à l'importance que la jurisprudence lui accorde au titre des indices permettant de conclure à la fictivité, sa détermination précise n'est pas aisée, le fait est qu'à notre connaissance, une structure ne sera déclarée fictive qu'à la condition que cette circonstance soit accompagnée d'autres facteurs témoignant du non respect de la logique formelle de la personnification telle que nous l'avons jusqu'ici entendue (non respect de l'autonomie patrimoniale, décisionnelle ou des rites sociaux).

b. La prise en considération du défaut d'activité dans le cadre de la recherche de la fictivité d'une structure

501. Difficulté d'appréciation de l'importance de ce critère – Au delà de cette question de la prise en compte d'une unicité d'entreprise aux fins d'extension d'une

jurisprudentielle de la procédure collective », *art. cit.*) mais par lequel néanmoins, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir étendu une procédure collective à une SNC (ainsi qu'à ses associés) qui n'avait de toute évidence été constituée que pour passer un contrat de crédit bail avec un établissement financier afin de mettre l'immeuble qui en était l'objet à disposition d'une société d'exploitation, laquelle, grâce à une délégation de paiement, s'acquittait des loyers dus à la SNC directement entre les mains de l'établissement financier.

La Cour de Cassation approuve ainsi la Cour d'appel d'avoir caractérisé la fictivité de la société en ces termes : « après avoir relevé par des motifs non critiqués, que la SNC CABEC était en état de dépendance financier, (...) que cette société n'avait pas d'activité économique réelle, l'acquisition d'un patrimoine immobilier n'étant pas de nature, à elle seule, à établir l'existence d'une activité autonome, et aucune exploitation effective de ces biens n'étant démontrée ». Certains auteurs ont pu également envisager comme élément d'explication de cette décision le fait qu'en cet espèce la société en cause était une SNC et non une SCI (v. C. CUTAJAR, « Le montage société civile immobilière-sociétés d'exploitation... » *art. cit.*).

¹⁴⁶⁶ Rappr. C. CUTAJAR, « Le montage société civile immobilière-sociétés d'exploitation ... », *art. cit.* p. 1057 : « À l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation, on est fondé à affirmer la validité du montage apprécié *in abstracto*, c'est-à-dire au seul regard des mécanismes juridiques mis en œuvre, en dehors de toute considération d'espèce ».

¹⁴⁶⁷ V. *supra* n° 416 et s.

procédure collective à plusieurs structures, c'est maintenant à la circonstance d'un défaut d'activité qu'il convient de s'intéresser car celle-ci semble parfois bel et bien relevée par les juges au titre des éléments justifiant le constat de fictivité qu'ils prononcent.

502. Le défaut de fonctionnement parfois relevé en tant que symptôme de fictivité – Ainsi, dans une décision en date du 9 juin 2009 par exemple, tandis que la Chambre commerciale aurait pu estimer suffisant de prendre appui sur une stricte approche classique de la notion de fictivité en se bornant à relever le défaut d'*affectio societatis* – éventuellement couplé à d'autres éléments, et surtout à l'intention frauduleuse qui paraît le véritable biais d'explication de la décision¹⁴⁶⁸ – elle semble juger utile d'évoquer au titre des éléments de motivation de sa décision le défaut de toute activité menée par la structure¹⁴⁶⁹.

503. De même, dans l'arrêt du 14 juin 2016 précédemment évoqué, la Cour de Cassation relève, en plus d'un certain nombre d'éléments que l'on pourrait rattacher à l'absence d'autonomie financière et directionnelle de la société, ou encore à des manifestations d'une confusion d'intérêts de cette société avec ceux d'une société parente, le défaut d'activité de cette société et l'absence de moyens matériels qui lui auraient permis d'en connaître¹⁴⁷⁰.

Enfin, par un arrêt en date du 21 novembre 1995, la Chambre commerciale accepte l'extension d'une procédure collective visant une société parente à une SNC et ses deux associés au motif que cette société était en état de dépendance économique et

¹⁴⁶⁸ Rappr *supra* n° 409 et s.

¹⁴⁶⁹ Cass. com. 9 juin 2009 (n° 07-20.937, *Revue des sociétés* 2009 p.781, note N. MATHEY), qui reconnaît la fictivité de la structure caractérisée par le fait que les prétendus associés étaient propriétaires l'un de 5 500 parts et l'autre d'une part du capital social, que la société n'avait pas fonctionné et qu'aucun des éléments constitutifs de la société, apport, participation aux bénéfices et aux pertes et *affectio societatis*, n'était établi ».

¹⁴⁷⁰ Cass. com. 14 juin 2016 *précité* (n°14-18671 *Droit des sociétés*, déc. 2016, comm. 203, R. MORTIER ; *Revue des sociétés* 2017 p.81, note V. THOMAS ; *BJS* 2016 note J.-P. LEGROS) qui approuve la cour d'appel d'avoir retenu la fictivité de la société Blueshell Shipping au motif que celle-ci « n'avait pas d'attache territoriale, n'avait pas d'autre adresse qu'une boîte postale dans l'État de Saint Kitts et Nevis, et n'exerçait aucune activité réelle, que l'acquisition du navire saisi avait été financée par des deniers fournis par la société Fedcominvest Europe, laquelle, par l'intermédiaire des sociétés Sky Jet et New port, gérait les relations du navire et avait même effectué des paiements le concernant en se présentant en qualité de propriétaire, et qu'au cours de la procédure de saisie conservatoire, la société Blueshell Shipping, sans se borner à faire valoir qu'elle était étrangère au litige entre les sociétés Evrasia Bunker Ltd et Fedcominvset, a nié avec acharnement et à titre principal que celle-ci fut créancière de celle-là ». Rappr. encore, Cass. com. 22 juin 1999 (n° 98-13.611, *Bull. civ.* IV, n° 136 ; *Rev. sociétés* 1999. 824, note A. CONSTANTIN ; *D.* 2000, p. 389, obs. S. PIEDELIEVRE ; *ibid.* 234, obs. J.-C. HALLOUIN ; *RTD com.* 1999. 875, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *ibid.* 903, obs. Y. REINHARD.

qu'elle était dépourvue de toute activité économique réelle, ce dont se déduisait sa fictivité¹⁴⁷¹.

Ainsi dans ces derniers arrêts, la Cour paraît subordonner le plein bénéfice des effets de la personnification à la condition que la structure soit effectivement dotée des moyens d'une vie autonome et distincte (une autonomie patrimoniale et décisionnelle, ainsi que de la recherche effective de son propre intérêt)¹⁴⁷² mais aussi de la poursuite effective d'un certain but, d'une certaine activité qui légitime cette existence. L'approche ici utilisée semble donc essentiellement reposer sur le contrôle du respect de la logique interne de la personnification, mais également de la finalité de la structure¹⁴⁷³ par une sorte de vérification de la conformité de l'utilisation de ces instruments à leur finalité légale qui rappelle la conception de l'abus de droit proposée par Josserand¹⁴⁷⁴.

504. L'incertaine portée de ce critère – Il ne faudrait pas cependant surestimer la portée de ce critère tenant à l'absence d'activité malgré son apparition dans la motivation de quelques arrêts. Une décision du 11 mars 2008, invite notamment à la prudence¹⁴⁷⁵ : tandis que la Cour d'appel avait conclu à la fictivité de la structure en se fondant sur le défaut absolu d'activité conforme à l'objet social d'achat et revente de biens et droits immobiliers, dès lors que l'immeuble qui constituait le seul actif de la société n'avait jamais fait l'objet d'exploitation commerciale en quatorze années d'existence et que différentes circonstances semblaient faire apparaître le défaut de vocation de la structure à exercer une quelconque activité, la Chambre commerciale casse l'arrêt d'appel pour défaut

¹⁴⁷¹ Cass. com. 21 nov. 1995, n°93-20.054, *JCP E* 1996, 852, note J.-J. DAIGRE ; *Rev. proc. Coll.* 1997, p. 165, n°4, obs. J.-M. CALENDINI.

¹⁴⁷² Rapp. à propos de l'importance de ces critères, *supra* n° 419 et s.

¹⁴⁷³ Rapp. également *infra* n° 506 et s. à propos des arrêts *Saunier-Streck* (Cass. com., 15 mai 2007, *Dr. sociétés* 2007, 174, note R. MORTIER ; *Bull. Joly* 2007, 1094, note N. MATHEY ; *JCP N* 2007, n° 22-23, act. 434 ; *JCP N* 2008, n° 6, 1072, note J.-P. GARÇON) et de *Wurstemberger* (Cass. com. 13 janvier 2009, n° 07-20.097 ; *JCP N* 2009, n° 24, 1205, note Fr. DUCHENE et M. EPSTEIN ; *RTD Com.* 2009 p.568, note C. CHAMPAUD).

¹⁴⁷⁴ Rapp. L. COMANGES, *art. cit.* n°17 ; v. L. JOSSERAND, *De l'abus de droit*, Paris, Rousseau, 1905 et *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, rééd. Dalloz 2006, spéc. n° 231 et s., p. 311 et s. Rapp. aussi P. ROUAST-BERTIER, *art. cit.* n°36. V. N. FADEL RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1991, préf. F. TERRÉ.

¹⁴⁷⁵ V. Cass. com. 11 mars 2008, n° 06-19.968 et n° 06-20.081 (2 arrêts) (*Dr. sociétés* 2008, comm. 116, note M.-L. COQUELET ; *RTD com.* 2008 p.773, note C. CHAMPAUD et D. DANET). Rapp. également, Cass. com., 3 févr. 1998, *JCP E* 1998, n° 17, p. 652, obs. P. PETEL).

de bases légales estimant que les éléments relevés étaient « impropres à établir que MM. Z. et B. n'avaient pas eu l'intention de se considérer comme associés »¹⁴⁷⁶.

Ainsi en cette affaire où le défaut d'activité apparaissait alors isolé et non accompagné d'autres irrégularités de fonctionnement de la personne morale (défaut d'autonomie ou non respect des rites de fonctionnement, absence de fraude invoquée)¹⁴⁷⁷, la Cour de cassation refuse de considérer la structure fictive.

505. On est alors tenté d'analyser pour conclure, cette circonstance du défaut d'activité comme un indice surabondant qui accompagnera parfois la motivation d'une décision que le non respect des modes de fonctionnement de la personne morale, ou la fraude, aurait suffi à justifier.

Si la finalité entrepreneuriale peut parfois sembler, tout au plus, prise en compte dans le cadre de l'appréciation de la fictivité d'une structure, la portée de ce critère nous paraît *in fine* assez dérisoire. Il ne peut en tout cas être décelé dans la jurisprudence le sacre des conceptions « finalistes » des structures personnifiées et l'on ne saurait certainement prétendre à l'érection de la notion d'entreprise ou d'activité en tant que borne effective de leur champ d'application¹⁴⁷⁸.

2. Le peu d'attachement de la doctrine à la finalité organisationnelle des structures personnifiées illustré par la défense de l'apport-donation

¹⁴⁷⁶ On pourrait peut être penser que la formule que nous reproduisons ici désavoue plus largement la conception que nous avons plus haut défendue lorsque nous estimions que la conception traditionnelle de la fictivité fondée sur un défaut l'*affectio societatis* n'avait plus cours en jurisprudence. Toutefois cet arrêt semble insuffisant à remettre en cause le constat que nous tirions car s'il fait bien référence à la conception traditionnelle de la fictivité fondée sur le défaut d'*affectio societatis* dans sa motivation, c'est *in fine* pour conclure à l'absence de fictivité. Dans ces circonstances, l'argument peut apparaître comme un fondement facile de cassation, dont le classicisme offrait à la Cour un moyen d'échapper à de laborieuses justifications fondées sur une approche de la fictivité plus audacieuse et aux contours plus incertains, une « motivation paresseuse qui dispense de chercher un soutien véritable à une décision que l'on a cru discerner intuitivement » (G. ROUHETTE, « Rapport français sur la force obligatoire du contrat », in D. TALLON, D. HARRIS (dir.), *Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 27 et s., spéc. n°11, p. 38 ; rappr. M. DESPAX *th. cit.* p. 59 : « la plupart du temps, le juge hésite à donner tout crument les véritables motifs de sa décision, il cherchera alors à cacher sous un apparent classicisme la hardiesse de ses solutions ». Rappr. *supra* n°423.

¹⁴⁷⁷ Rappr. *supra* n° 419 et s.

¹⁴⁷⁸ En la matière cependant, l'interprète est tenu à la plus grande prudence en raison de l'extrême versatilité de la jurisprudence ainsi que de la multiplicité des critères qui semblent utilisés par les

506. La faiblesse de l'impact des doctrines de l'entreprise sur les conceptions communes pourrait être enfin illustrée par les réactions de la doctrine à la saga jurisprudentielle relative à l'opération d'apport-donation¹⁴⁷⁹.

507. Schématiquement, cette opération consiste à faire apport à une structure personnifiée de la nue propriété d'un actif (le plus souvent un immeuble ou un portefeuille de valeurs mobilières) en vue de sa transmission à titre gratuit : une fois l'apport à la société réalisé, il sera possible d'effectuer la libéralité envisagée en transmettant simplement la propriété des parts au lieu de la nue propriété de l'actif¹⁴⁸⁰. L'intérêt que présente une telle opération étant essentiellement d'ordre fiscal en ce qu'elle soustrait la donation du champ d'application du barème de l'article 669 du Code général des impôts¹⁴⁸¹. En somme, l'opération consiste à combiner la technique du démembrement de

juges : il est toujours délicat d'évaluer, faute de pouvoir les isoler, l'importance respective de chacun d'eux.

¹⁴⁷⁹ V. essentiellement les arrêts *Botherel* (Cass. com., 3 oct. 2006, n° 04-14.272, *Dr. fisc.* 2007, n° 12, comm. 302 ; P. FERNOUX, « SCI et démembrement de propriété : l'épilogue heureux d'un long combat », *JCP N* 2007, n° 28, 1216.) ; *Saunier-Streck* (Cass. com., 15 mai 2007, *Dr. sociétés* 2007, 174, note R. MORTIER ; *Bull. Joly* 2007, 1094, note N. MATHEY ; *JCP N* 2007, n° 22-23, act. 434 ; *JCP N* 2008, n° 6, 1072, note J.-P. GARÇON ; M. COZIAN, « Abus de droit, apport cession et apport-donation, La Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ? », *JCP E*, 2007, 2100) ; *Lamarque* (Cass. com., 23 sept. 2008, n° 07-15.210 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 47, act. 334, E. MEIER et R. TORLÉT ; *JCP N* 2008, n° 47, act. 747) ; *Tabourdeau* (Cass. com., 20 mai 2008, n° 07-18.397 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 24, comm. 378 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 40, comm. 527, note J. LEDAN ; R. MORTIER, « Validations de l'apport avant donation : la Cour de cassation retrouve le cap ... ou presque », *JCP N* 2008, n° 28, 1239) ; *Thurin* (Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-18.770 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 47, act. 334, E. MEIER et R. TORLÉT ; *JCP N* 2008, n° 47, act. 747) ; *Cere* (Cass. com., 26 mars 2008, n° 06-21.944 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 16, comm. 283 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 40, comm. 527, note J. LEDAN ; *RJF* 2008, n° 1136 ; R. MORTIER, « Validations de l'apport avant donation : la Cour de cassation retrouve le cap ... ou presque » *JCP N* 2008, n° 28, 1239) et *de Wurstemberger* (Cass. com. 13 janvier 2009, n° 07-20.097 ; *JCP N* 2009, n° 24, 1205, note Fr. DUCHENE et M. EPSTEIN ; *RTD Com.* 2009 p.568, note C. CHAMPAUD).

Et plus généralement à propos de cette lignée jurisprudentielle et de ce montage, v. C. DUCCELLIER, « Vers une remise en cause des SCI nues propriétaires ? », *Dr. et patr.* 2011, n° 201, p. 36 ; R. MORTIER, « Abus de droit - Le balisage jurisprudentiel de l'apport avant donation - Analyse des arrêts rendus de 2007 à 2009 et synthèse du droit positif », *art. cit.* ; R. MORTIER, « Validations de l'apport avant donation : la Cour de cassation retrouve le cap ... ou presque ! À propos de Cass. com., 26 mars 2008 », *JCP N* 2008, 1239 ; S. QUILICI et F. DÉBOISSY, « SCI et optimisation fiscale », *Actes prat. strat. ing. sociétaire* 2009, dossier 2 ; P. EYSSARTIER, *La gestion de patrimoine privé à l'épreuve de l'abus de droit fiscal*, thèse Bordeaux, 2014, n° 226 et s., p. 161 et s. ; D. POLVERELLI « La validité des opérations d'apport-donation à une SCI », *JCP N* 2009, 1341.

¹⁴⁸⁰ Autrement dit, « l'apport avant donation, autrement dénommé apport-donation, est l'opération qui consiste, plutôt que de donner la nue-propriété d'un bien dont on conserverait l'usufruit, à apporter cette dernière, en même temps que quelques actifs frugifères, à une société (le plus souvent une société civile), pour donner dans la foulée la pleine propriété (voire la seule nue-propriété, ce qui est beaucoup plus risqué...) des titres de ladite société. » (R. MORTIER, « L'apport avant donation », *JCP N* 2016, 1331).

¹⁴⁸¹ V. la présentation pédagogique que donne M. Cozian de ce montage : « Les stratégies de la gestion patrimoniale eurent tôt fait d'imaginer, grâce à l'interposition d'une société, un montage permettant de contourner l'application du barème légal. En raisonnant à partir de l'exemple d'un immeuble dont le donateur (on supposera qu'il s'agit d'une veuve âgée de 71 ans) se réserve l'usufruit, le montage se déroulera selon le scénario suivant : – la mère et les enfants commencent par constituer une société

propriété et de la personnalité morale d'une structure sociale créée pour l'occasion, dans le but de réaliser une libéralité à moindre coût fiscal.

508. Au terme d'une longue période d'hésitation et de revirements¹⁴⁸², les juges de cassation ont finalement pris pour position de refuser la validité d'une telle opération ; la jurisprudence retenant, en son dernier état, la fictivité de la société en jeu et la finalité frauduleuse d'un tel montage¹⁴⁸³. Certes cette jurisprudence ne concerne que des structures à risque illimité, néanmoins les réactions qu'elle a suscitées en doctrine paraissent tout à fait transposables à notre matière de SSPRL. Au travers de la critique quasi unanime dont cette solution fit l'objet de la part de ses commentateurs, se révèle le peu d'attachements de la doctrine contemporaine pour la finalité de ces instruments que sont les structures personnifiées, la popularité d'une conception des structures sociales comme de simples outils abstraits de montages juridiques sans finalité déterminée et le triomphe d'une conception fossilisée des notions phares de la société. Aussi une brève analyse des conceptions que laissent transparaître ces critiques peut éclairer notre démonstration.

509. Justifications du montage par la volonté des associés de partager les bénéfices – Tout d'abord, c'est l'appréciation de la Cour de cassation selon laquelle la société n'aurait, dans ce type de montage, nullement pour objet la recherche de bénéfices ou d'économies qui s'est trouvée vivement réprouvée. Le raisonnement repris par des commentateurs presque unanimes¹⁴⁸⁴ repose sur l'idée que la valeur de l'actif dont la société est pourvue – la nue propriété du bien que les parties envisagent donc de transmettre – a mécaniquement vocation à s'accroître à mesure que le temps s'écoule, en

(une société civile immobilière généralement) ; la mère apporte la nue-propriété de l'immeuble tandis que les enfants se contentent d'un apport symbolique en numéraire ; pour l'évaluation de l'apport immobilier, on se référera nécessairement à la valeur économique que l'on supposera être de 35 % en l'espèce ; – dans un deuxième temps, la mère fait donation à ses enfants de la pleine propriété des parts sociales qui lui ont été attribuées en contrepartie de son apport.

Et c'est ainsi que, grâce à l'interposition d'une société, les droits de mutation à titre gratuit auront été calculés sur une valeur de 35 % au lieu de 90 %. » (M. COZIAN, « Abus de droit, apport cession et apport donation: la Cour de cassation serait elle en train de perdre le cap? » *Droit fiscal* n° 36, 6 septembre 2007, p. 795, spéc. n°23 et 24). L'opération présente accessoirement d'autres intérêts fiscaux que la simple soustraction à l'article 669 du CGI, v. pour plus de précisions, v. Fl. DEBOISSY et S. QUILICI, « SCI et optimisation fiscale », *Actes prat. et ing. sociétaires* 2009, dossier 2, p. 20 et s., spéc. n° 57, p. 33.

¹⁴⁸² V. *supra* note 1479.

¹⁴⁸³ V. Cass. com. 13 janvier 2009, de *Wurstemberger*, précité, et *supra* n° 412.

ce que la valeur de la nue-propiété s'accroît « du seul fait de l'avancée en âge de l'usufruitier »¹⁴⁸⁵ et que la société a en outre vocation, à terme, à retrouver la pleine propriété du bien du fait de l'extinction de l'usufruit.

De ce fait, à suivre cette doctrine, « un profit pour la société existe bel et bien », ce dont il conviendrait de déduire que « la volonté des associés de réaliser un profit est donc clairement établie »¹⁴⁸⁶.

510. Le peu de considération pour l'entreprise commune – La popularité d'une telle opinion, nous paraît particulièrement révélatrice de l'échec des doctrines de l'entreprise et du triomphe au contraire d'une conception de la structure sociale personnifiée comme instrument d'ingénierie juridique abstrait et déconnecté de toute considération finaliste, « sorte de mécano qu'on utilise au mieux des intérêts privés »¹⁴⁸⁷.

De manière évidente en effet – et sans avoir à se faire le chantre d'une analyse exagérément textuelle ou exégétique – la recherche de profit supposée animer les associés qui est évoquée par l'article 1832¹⁴⁸⁸ ne semble pas devoir être entendue de manière abstraite : il ressort au contraire nettement de l'esprit comme de la lettre de cette disposition que ce sont les profits ou économies susceptibles de découler *de l'entreprise commune* que les associés sont censés rechercher¹⁴⁸⁹.

La définition de la société que livre l'article 1832, autrement dit, ne se borne évidemment pas à entendre que les associés doivent, dans l'absolu, être animés par un

¹⁴⁸⁴ V. B. RIVIERE, « Réflexions sur l'apport en nue-propiété à une société civile avant donation », *La revue fiscale du patrimoine* n° 12, Décembre 2016, étude 25, spéc. n°9 qui présente la critique comme unanime. Et v. pour leur exposé les auteurs cités *infra* notes suivantes.

¹⁴⁸⁵ P. FERNOUX, « SCI et démembrement de propriété : l'épilogue heureux d'un long combat », *art. cit.*, n°10

¹⁴⁸⁶ P. FERNOUX, *ibid.* V. également, en ce sens, N. MATHEY, note sous Cass. com. 15 mai 2007 *préc.*, *BJS* 2007, 1094 ; B. RIVIERE, « Réflexions sur l'apport en nue-propiété à une société civile avant donation », *La revue fiscale du patrimoine* n° 12, Décembre 2016, étude 25, spéc. n°9 ; C. DUCCELLIER, « Vers une remise en cause des SCI nues-propiétaires ? » *art. cit.*, spéc. p. 38-39 ; J.-P. DUCHENE et M. EPSTEIN, « Abus de droit : fictivité d'une SCI qui ne peut remplir son objet social faute de moyens financiers » *JCP N* 2009, 1205, spéc. n°5.

¹⁴⁸⁷ J. PRIEUR et A. HOUIS, « Sociétés civiles : les limites à l'instrumentalisation », *JCP N* 2015, 1230, spéc. n°1.

¹⁴⁸⁸ Qui définit la société, rappelons le, comme étant « instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

¹⁴⁸⁹ V. *Répertoire Dalloz de droit des sociétés*, « Contrat de société » par Th. MASSART, spéc. n°7 ; F. CASTRES-SAINT-MARTIN-DRUMMOND, *th. cit.* n°427 p. 344 : « aux termes de l'article 1832 du code civil, c'est bien de l'entreprise commune, de la mise à exécution du projet commun que doit être espérée un profit, non de l'adoption de la structure sociétaire ». Et rapp. P. LE CANNU et B. DONDERO : « les associés ont en vue de partager le bénéfice qui peut résulter de l'activité sociale » (*op. cit.* 7^{ème} éd., n°40, p. 57).

esprit de lucre, mais consacre bien plutôt l'idée que c'est de l'activité, de « l'entreprise » commune qu'ils instituent, que les associés doivent attendre le profit ou l'économie qui justifie leur participation à l'aventure sociale.

Cette volonté de tirer un profit de l'activité commune – traditionnellement considérée comme la cause de l'engagement des associés¹⁴⁹⁰ – semble donc en ce sens inextricablement liée à la notion d'activité ou d'entreprise que consacre désormais expressément l'article 1832, puisque c'est d'elle que les bénéfices ou économies tirent leur origine. Centrale au contrat de société, cette notion d'activité commune se trouve bien entendu également au cœur de la conception fonctionnelle développée par les doctrines de l'entreprise, où l'organisation d'une activité apparaît comme la raison d'être de ces instruments que sont les structures sociales personnifiées¹⁴⁹¹.

Or c'est justement de cette notion d'activité, ou d'entreprise, que le raisonnement développé par la doctrine critique à l'endroit de la jurisprudence relative à l'apport-donation ne semble manifestement pas tenir compte en réduisant la vocation aux bénéfices sociaux à une simple « chance de gain » abstraite.

L'enrichissement de la société que ces auteurs visent pour prétendre à la conformité de l'opération avec la logique sociétaire ne découle en effet en aucune manière d'une quelconque activité commune – même simplement « conservatoire » – mais simplement du traitement comptable de l'écoulement du temps sur le démembrement de propriété¹⁴⁹². Nulle « entreprise commune » ni aucune activité n'est ainsi à l'origine de ce profit, celui-ci n'étant que la conséquence mécanique du démembrement de propriété¹⁴⁹³.

¹⁴⁹⁰ V. F.-X. LUCAS, « Théorie des bénéfices et des pertes, clauses léonines », *J.-Cl. Sociétés*, Fasc. 15-30. n°8 ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, 3^{ème} éd. 1927, n°19 p. 53 ; L. BOYER, *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préf. J. MAURY, Sirey 1947, p. 213 ; G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.* 22^{ème} éd., n°1522, p. 21 ; v. aussi, M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, 32^{ème} éd., n°519 p. 224 et n°245, p. 88, où les auteurs trouvent le fondement de la prohibition des clauses léonines dans la théorie de la cause. Rapp. J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat, op. cit. spéc.* n°162, p. 152 ; Bien que l'on puisse désormais douter de la portée positive de cette notion en tant que telle depuis sa suppression formelle du Code civil, il est assez vraisemblable que son ombre continuera à planer sur le droit français (v. B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, Francis Lefebvre, 2016, n°310, p. 95 ; rapp. également D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.* 2015, p. 291 et s.).

¹⁴⁹¹ V. not. J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *art. cit.*, spéc. n°24, p. 714 : « si la personne morale existe, c'est pour donner une autonomie juridique à l'exercice d'une activité ».

¹⁴⁹² Comp. en matière de société holdings où c'est la constitution de la structure et non l'activité de la structure qui est la cause des économies ou bénéfices des associés, F. CASTRES-SAINT-MARTIN-DRUMMOND, *th. cit.*, n°427, p. 343 et s.

¹⁴⁹³ En ce sens C. CHAMPAUD, note sous Cass. com. 13 janvier 2009, *RTD Com.* 2009 p. 568.

La doctrine paraît indifférente à cette considération ; ce dont se déduit le peu d'importance accordée à l'affectation de ces instruments à l'exploitation d'une entreprise, ou à tout le moins d'une activité, dans les conceptions doctrinales communes.

511. De plus, on observera que le prétendu bénéfice que vise cette doctrine est absolument illusoire du point de vue de ceux qui fondent une telle structure (et qui, à suivre les dispositions de l'article 1832, sont pourtant supposés instituer la société dans le but d'en retirer un profit). En effet, le démembrement de propriété est le fait même de ces derniers. Tandis qu'ils étaient initialement pleins propriétaires du bien, ils choisissent d'opérer le démembrement de leur droit pour en apporter la nue propriété à la structure qu'ils constituent tout en se réservant l'usufruit. Partant, s'il est vrai que la structure a bel et bien vocation à s'enrichir à mesure que le terme de l'usufruit s'approche, l'opération reste assurément du point de vue des constituants un jeu à somme nulle puisque le prétendu gain qu'ils peuvent espérer à terme, en qualité d'associé, n'est rien d'autre que la reconstitution – progressive, via la réévaluation chaque année de la nue-propriété – de la propriété qu'ils ont eux-mêmes démembrée en entrant en société¹⁴⁹⁴. De leur point de vue, autrement dit, aucun profit ne découle de l'opération.

512. Le peu de considération pour les finalités des structures personnifiées révélé par cette controverse – Ainsi, au travers de la défense quasi unanime en doctrine de l'utilisation qui est ici faite des structures personnifiées, se révèle donc le parti pris d'une opinion générale en faveur d'une conception de la structure personnifiée comme instrument de construction juridique sans véritable finalité préétablie.

Naturellement, les auteurs n'omettent pas en général de mettre en garde contre une utilisation « frauduleuse » de ces structures, mais cette évanescence limite mise à part, ils ne paraissent pas attacher d'importance particulière à ce que l'utilisation des structures personnifiées soit cantonnée à la finalité d'organiser, sinon une entreprise, à tout le moins une certaine activité. Certains n'hésitant pas d'ailleurs à contester frontalement la pertinence du critère de défaut d'activité économique réelle dans

¹⁴⁹⁴ Or, a-t-on besoin de le préciser, « une société civile ou commerciale n'a pas pour but de réaliser des bénéfices pour elle-même. Elle a toujours pour ambition de réaliser des bénéfices pour les

l'appréciation de la fictivité d'une structure¹⁴⁹⁵. Et l'utilisation de ces structures dans un but exclusif de transmission patrimoniale semble ainsi parfaitement légitime aux yeux de cette doctrine largement majoritaire¹⁴⁹⁶.

513. Remarquons accessoirement que si la Cour de cassation paraît aujourd'hui ne pas partager l'opinion de cette doctrine majoritaire et retenir ainsi la fictivité des structures en causes dans ces sortes de montage, on peut se demander combien de temps elle résistera face aux manifestations de désapprobation que ses décisions suscitent¹⁴⁹⁷. De toute manière, la doctrine s'emploie activement à donner aux praticiens avisés tous les moyens pour contourner la prohibition que tâchent d'établir les magistrats¹⁴⁹⁸.

514. Conclusion de sous-section – Tandis que le droit des structures personnifiées s'émancipe de son berceau conceptuel initial qu'était la société, on peut s'inquiéter du défaut d'émergence d'un cadre de substitution. Les théories de l'entreprise malgré quelques occurrences de réalisation assez marginales, semblent dans l'ensemble avoir échoué à s'imposer comme véritable pivot de la matière. Ne semble plus subsister pour guider le contrôle de la validité de ces instruments, que la seule exigence d'un

partager entre ses associés, sous une forme ou sous une autre » (P. et Ph. DIDIER, *op. cit.* n°59 p. 56-57) et c'est donc de leur point de vue que la vocation à réaliser des bénéfices doit être appréciée.

¹⁴⁹⁵ M. L. COQUELET, note sous Cass. com., 13 janv 2009 *préc* ; rapp. N. MATHEY, note sous Cass. com., 15 mai 2007, *préc. spéc.* p. 1099. Et rapp. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.* 32^{ème} éd., n°35 et s., p. 13 et s. qui, tout en mettant en garde contre l'instrumentalisation de la société et réprochant la constitution de « zombies », « instruments d'optimisation juridique et fiscal » (n°37), la présentent comme un instrument de transmission patrimoniale valable (n°36).

¹⁴⁹⁶ V. déjà G. BARANGER, *La société civile*, GLN Joly édition, 1995, n°21 p. 14. V. à ce sujet, R. MORTIER et R. GENTILHOMME, « La société : technique de gratification », *JCP N* 2014, 1334.

¹⁴⁹⁷ On remarquera que, face au tollé suscité par ces décisions, le président de la chambre commerciale a pris la peine de justifier publiquement la position de sa formation en publiant un article dans la presse (D. TRICOT, « Faut-il croire la Cour de cassation ? », *Les Échos*, 13 juin 2007, p. 13).

¹⁴⁹⁸ En prenant soin de leur détailler les « précautions » (P. EYSSARTIER, *La gestion de patrimoine privé à l'épreuve de l'abus de droit fiscal*, thèse Bordeaux, 2014 n° 257 p. 182) à prendre afin de se plier « aux contraintes artificielles mais peu gênantes des arrêts Saunier-Streck et de Wurstemberger » (R. MORTIER, « L'apport avant donation », *JCP N* 2016, 1331, *spéc.* n°26; P. FERNOUX, « SCI et démembrement de propriété : la Cour de cassation maintient le cap... », in *Écrits de fiscalité des entreprises, étude à la mémoire du Professeur Maurice Cozian*, Litec, 2009, p. 231) pour continuer à user des structures personnifiées comme outil de transmission patrimoniale à moindre coût fiscal. Compte tenu de la multitude d'indices relevés par la Cour de cassation dans ces décisions, il serait vraisemblablement hâtif d'affirmer que les seules circonstances d'un défaut d'activité, ou le fait que les associés ne soient pas animés par la recherche des profits réalisés par l'entreprise commune, suffisent à caractériser la fictivité : à croire la doctrine majoritaire, il suffirait de doter la structure des ressources suffisantes à assurer son autonomie financière et s'astreindre à un fonctionnement formel de ses organes pour la faire échapper au grief de fictivité (V. not. C. DUCELLIÉ, « Vers une remise en cause des SCI nues-proprétaires? », *Dr. et patr.* 2011, n° 201, p. 36 et s., *spéc.* p. 38-39).

fonctionnement respectueux de la logique interne de la technique de la personnification sur laquelle ils reposent et qui guide le plus souvent, nous l'avons vu, le contrôle de la fictivité des structures sociales.

Compte tenu pourtant de la gravité des dérogations auxquelles ces instruments sont susceptibles de mener, on peut s'inquiéter d'un tel constat.

En ce qui concerne la limitation de responsabilité que certaines de ces structures offrent et qui nous intéresse ici au premier titre, l'absence de borne du champ d'application de ces instruments tenant à la finalité de leur utilisation apparaît particulièrement inquiétante.

Cette limitation de responsabilité offerte aux utilisateurs de la structure trouvant sa justification politique dans la volonté de promouvoir l'initiative entrepreneuriale et le financement de l'entreprise, il apparaît inopportun et dangereux que son bénéfice ne se trouve pas subordonné d'une manière ou d'une autre à cette finalité qui en constitue la raison d'être.

L'intégration de la notion d'entreprise à la définition légale de la société n'a pu à l'évidence réaliser cette affectation finalisée car la notion doit recevoir, dans le cadre de l'article 1832, un sens beaucoup trop large et partant trop éloigné de la stricte acception économique de l'entreprise en tant qu'entité de production, seule pertinente à borner le champ d'application de la limitation de responsabilité au regard de ses justifications.

Et c'est là que réside vraisemblablement le vice fondamental de la matière qui explique son état d'errance : l'appréhension de cet ensemble devenu trop hétérogène des structures personnifiées sous le prisme d'outils conceptuels uniques. Les régimes, les finalités des diverses sortes de structures personnifiées semblent en effet aujourd'hui bien trop divers pour répondre encore d'un champ d'application commun régi par un concept unique que serait la *société*. C'est donc la voie d'une appréhension singulière des diverses sortes de structures personnifiées qui semble désignée et qu'il convient désormais d'aborder.

***Sous section 2 - L'échelon inférieur du droit des structures à risque
limité pour cadre pertinent de réalisation d'une approche fonctionnelle***

515. Des propos qui précèdent ressort assez nettement l'idée que l'une des causes essentielles du défaut de réalisation d'une approche fonctionnelle, et plus généralement du phénomène d'errance du champ d'application des structures sociales personnifiées, tient à l'appréhension sous un prisme conceptuel unique qu'est celui de la *société*, d'une matière devenue bien trop hétérogène.

La trop grande diversité des régimes et des finalités rangés sous ce concept de *société* conduit à une nécessaire réduction du contenu de ce dernier à un dénominateur commun minimal, sinon à sa disqualification, et emporte son incapacité à jouer le rôle d'outil de bornage effectif du champ d'application des SSPRL.

On pourrait cependant penser qu'au niveau inférieur à ce cadre général obsolète qu'est la *société*, en peine à structurer une matière « marquée par son relativisme »¹⁴⁹⁹, les différents types sociétaires puissent constituer de salvateurs « ilot[s] de précision »¹⁵⁰⁰. On pourrait espérer ainsi, qu'existe une cohérence propre à chacune des différentes sortes de structures sociales personnifiées qui se réaliserait notamment par l'existence de conditions spécifiques en lien avec les régimes singuliers qu'elles déclenchent respectivement.

Il apparaît cependant que notre droit contemporain ne semble aucunement emprunter cette direction : les conditions d'accès aux différents régimes de structures sociales personnifiées tendent en effet à s'unifier – essentiellement par leur disparition – tandis que sous l'influence du dogme de la liberté contractuelle, s'altèrent les spécificités de leur régimes respectifs (§1).

Il serait pourtant simple de réserver le bénéfice de limitation de responsabilité à la promotion et au développement de l'entrepreneuriat en limitant l'accès aux SSPRL aux seuls acteurs développant une véritable entreprise susceptible d'emporter les retombées économiques qui justifient ce régime d'exception (§2).

¹⁴⁹⁹ D. BUREAU, « L'altération des types sociétaires », in *Études de droit privé : mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2006, p. 56 et s., spéc. n°5, p. 59.

¹⁵⁰⁰ Ibid.

§1. La tendance générale à une altération des types sociétaires sous l'influence de la liberté contractuelle

516. Phénomène supplémentaire qui concourt à cette impression d'un droit des sociétés devenu insaisissable et affranchi des grilles de lectures conceptuelles traditionnelles est cette tendance à l'« altération des types sociétaire »¹⁵⁰¹. La « flexibilité du droit des sociétés »¹⁵⁰², couramment prônée¹⁵⁰³, a pour effet d'une part de tronquer les outils de représentation de la matière, et d'autre part de laisser la « liberté contractuelle » seule maîtresse de la construction des régimes, conduisant naturellement à l'application de ceux-ci hors des hypothèses que leurs justifications désignent.

517. La tendance à la flexibilité du droit des sociétés commandée une fois de plus par cet impératif de faveur aux entrepreneurs – Loin de l'image sur laquelle s'est bâtie la théorie de la société-institution au début du XX^{ème} siècle d'un droit des sociétés fortement teinté d'ordre public et qui proposerait aux « utilisateurs » différents cadres juridiques préétablis parmi lesquels ils auraient la possibilité d'opter s'ils répondent aux conditions d'accès posées¹⁵⁰⁴, le droit contemporain se caractérise au contraire par son libéralisme¹⁵⁰⁵, par une liberté de plus en plus grande de constitution, de choix de la forme sociale et de façonnement des structures personnifiées par leurs utilisateurs¹⁵⁰⁶ ; par sa « flexibilité » en somme, selon l'expression consacrée¹⁵⁰⁷.

Afin de ne pas risquer de faire peser sur les précieux entrepreneurs, moteurs de la prospérité de la nation, d'inutiles contraintes susceptibles d'entraver leur élan¹⁵⁰⁸, il a été

¹⁵⁰¹ V. D. BUREAU, *art. cit.* n° 24 p. 71.

¹⁵⁰² V. B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com.* 1987, p. 457.

¹⁵⁰³ V. not. P. BISSARA « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des sociétés et les aléas de solutions », *Rev. sociétés* 1990, p. 553 et s ; D. RANDOUX, « La spécialisation des sociétés » in *Mélanges A. Weill*, Dalloz-Litec 1983, p. 471 et s.

¹⁵⁰⁴ V. not. F. DEBOISSY, « Le contrat de société », *art. cit.*, spéc. n°5 p. 121

¹⁵⁰⁵ F. DEBOISSY, *ibid.*

¹⁵⁰⁶ On remarquera cependant qu'il est quelques rares cas où le législateur peut imposer pour certains types d'activité une forme sociale donnée ou à l'inverse en prohiber certaines (v. not. F. PASQUALINI, « Le choix de la forme sociale », *Mél. P. Didier*, *Economica* 2008, p. 363 et s., spéc. n°3 et s., p. 364 et s. ; G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.* 22^{ème} éd., n°1683, p. 175).

¹⁵⁰⁷ V. B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com.* 1987, p. 457 et s., F. PASQUALINI, « Le choix de la forme sociale », *Mélanges P. Didier*, *art. cit.*, spéc. p. 363 ; S. SCHILLER, *Les limites à la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, LGDJ 2002, préf. F. TERRÉ, spéc. n°267 et s. p. 133 et s. ; F. TEFFO, *op. cit.*, spéc. n°521 et s., p. 225 et s. ; rapp. P. BISSARA « L'adaptation du droit français des sociétés aux besoins des sociétés et les aléas de solutions », *art. cit.*

¹⁵⁰⁸ V. en ce sens S. SCHILLER : « En effet, les sociétés ont besoin de souplesse et de liberté pour s'adapter à leur environnement économique et social et lutter à armes égales avec leurs concurrents, non seulement françaises, mais aussi étrangères » (*th. cit.* n°269, p. 134), l'auteur cite d'ailleurs un

de plus en plus largement permis aux utilisateurs de structures personnifiées de modeler à leur convenance le cadre de leur organisation¹⁵⁰⁹. La libéralisation de la SAS en 1999 constitue évidemment le point d'acmé de ce mouvement de « flexibilisation », de libéralisation et de déréglementation du droit des structures personnifiées¹⁵¹⁰.

518. Déréglementation et perte de cohérence des types sociétaires : *Abyssus abyssum invocat* – Ce mouvement de libéralisation n'a certainement pas œuvré à un regain de cohérence et de lisibilité de la matière. En proposant pour un type de structure donné, une pluralité de « variantes » possibles (SA à conseil de surveillance ou à conseil d'administration par exemple), en diminuant les conditions d'accès spécifiques à chaque sorte de structure (diminution du nombre minimum d'associé des SA¹⁵¹¹, augmentation du nombre maximal d'associé de SARL, ouverture des sociétés commerciales aux activités civile, tendance nette à un rapprochement des sociétés civiles et commerciales¹⁵¹²) et en accroissant la place de la « liberté contractuelle » dans le contenu du régime de ces

rapport de la Chambre de commerce et de l'industrie de Paris, du 5 avril 1990 déclarant sans ambage que « la rigidité du droit est un handicap, la flexibilité un gage d'efficacité ». Rappr. encore B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com.* 1987, p. 457 et s., spéc. n°100, p. 494 : « le droit des sociétés ne doit pas être un carcan enserrant les entreprises ». Rappr. F. PASQUALINI, « Le choix de la forme sociale », *art. cit.*, p. 363 : « Chacun trouvera dans la loi, le cadre qui convient le mieux à ses objectifs économiques tout en s'adaptant aussi étroitement que faire se peut aux caractères des personnes qui participent à la grande aventure de la société, d'autant plus que ce polymorphisme social se double d'une hétérogénéité des sociétés bienvenue dans un monde divers et changeant ». On ne compte pas le nombre de lois présentées sous la bannière de l'impératif de briser les contraintes qui entravent l'entrepreneuriat, ainsi, dernière en date de la loi PACTE du 22 mai 2019, dont la présentation de l'étude d'impact commençait de la sorte : « Le défi à relever est donc celui de la croissance des entreprises, aux différentes phases de leur développement, pour renouer avec l'esprit de conquête économique. Cela passe notamment par une transformation du modèle de notre entreprise pour l'adapter aux réalités du XXIème siècle. Structuré autour de trois axes qui constituent trois chapitres, le présent projet de loi se donne ainsi pour objectif de libérer les entreprises, d'accroître leur capacité d'innovation et d'assurer une certaine justice en leur sein et à l'égard de la société. Le chapitre Ier entend lever des freins et assouplir des rigidités qui entravent la vie des entreprises et des entrepreneurs » (p. 7).

¹⁵⁰⁹ V. D. BUREAU, « L'altération... », *art. cit.* ; rappr. M. HUYGHÉ DE MAHENCE L'unification du régime juridique des personnes morales de droit privé, th. Aix, 1975.

¹⁵¹⁰ V. not. P. LE CANNU, « Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée », *Rep. not. Def.* 1994, p. 1345 et s., et not. p. 1359 ; A. LE FEVRE, « Le droit des sociétés deviendra-t-il contractuel, perspectives d'une société par actions simplifiée », *RJC* 1992, p. 89 ; J. HONORAT, « La société par actions simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés » *LPA* 16 août 1996, n°99 ; J. PAILLUSSEAU, « La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés ! » *D.* 1999, chron. p. 333 ; M. GERMAIN, « La société par actions simplifiée », *JCP* 1994, I, 3749.

¹⁵¹¹ À ce jour, la proposition d'admettre les SA unipersonnelles n'a toujours pas prospéré mais elle reste régulièrement évoquée (v. K. RODRIGUEZ, « Réflexions sur la société anonyme unipersonnelle », *Bull. Joly* 2006, p. 10 et s.).

¹⁵¹² V. sur cette question not. R. DORAT DES MONTS, « L'unification des sociétés civiles et commerciales: vers un droit commun? » *RTD com.* 1982, p. 505 et s ; B. MERCADAL, « Le critère de distinction des sociétés civiles et commerciales », *RTD com* 1982, p. 511 et s.

structures¹⁵¹³ (possibilité d'intégrer des clauses d'agrément en SA, à l'inverse, possibilité d'intégrer des clauses de continuation en cas de décès en SNC¹⁵¹⁴)¹⁵¹⁵, un brouillage des frontières entre les diverses formes sociales s'institue et l'identité propre de chacune d'elle se trouble¹⁵¹⁶.

Au gré des aménagements statutaires ainsi, une SA par exemple pourra *in fine* apparaître plus proche d'une SARL que d'une autre SA différemment façonnée¹⁵¹⁷ ; la SARL dit-on, tend à devenir un « objet juridique non identifiable »¹⁵¹⁸ susceptible de prendre le visage d'une société de personnes fermée ou d'une société de capitaux ouverte aux investisseurs au gré des aménagement statutaires¹⁵¹⁹, et le phénomène se réalise naturellement à son paroxysme avec la SAS, véritable société caméléon ou « tout-terrain »¹⁵²⁰, gouvernée par une quasi totale liberté statutaire¹⁵²¹.

Dès lors, faute de partager une identité conceptuelle ou fonctionnelle commune, les différents types sociétaires apparaissent à leur tour comme des outils de représentations de plus en plus dépassés, de moins en moins utiles car de moins en moins susceptibles, en eux même, de renseigner sur la nature socio-économique de la situation sous-jacente (nature de l'activité, importance économique, « psychologie » des associés, etc.), ou sur la manière dont elle est organisée juridiquement. Or ce mouvement de libéralisation semble exponentiel car, à mesure que l'identité propre de ces structures s'altère sous le coup de la déréglementation, s'accroît la difficulté de trouver une réglementation pouvant convenir à l'ensemble hétérogène des

¹⁵¹³ V. not. M.-C. MONSALLIER, L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, préf. A. VIANDIER, LGDJ 1998.

¹⁵¹⁴ D. BUREAU, *art. cit.* n°9, p. 61.

¹⁵¹⁵ V. sur les facteurs de la flexibilité, not. B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com.* 1987, p. 457 et s., not. n°7 p. 460-461.

¹⁵¹⁶ V. D. BUREAU *art. cit.*, qui s'interroge sur la question de savoir si « le type sociétaire demeure réellement un facteur suffisant de différenciation » (*art. cit.*, n°7, p. 60). Rapp. B. OPPETIT, « Les tendances actuelles du droit français des sociétés », *Journées de la soc. Lég. Comp.*, année 1989, p. 105 et s., spéc. p. 118 : « Cette dispersion des inspirations, ces contradictions de normes, concourent à donner au droit français des sociétés l'aspect d'une nébuleuse, qu'il conservera tant que, faute d'un maître d'œuvre unique, il sacrifiera à l'empirisme et à l'instrumentalisme les plus résolus au détriment d'une vision plus large, plus prospective et plus cohérente de son évolution. »

¹⁵¹⁷ V. D. BUREAU, « L'altération des types sociétaires », *Mélanges P. Didier, art. cit.* n°24 p. 71 ; rapp. P. BISSARA « L'adaptation du droit français des sociétés aux besoins des sociétés et les aléas de solutions », *Rev. sociétés* 1990, p. 553 et s. ; v. encore S. SCHILLER, *Les limites à la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, LGDJ 2002, préf. F. TERRÉ, spéc. n°267 et s. p. 133 et s.

¹⁵¹⁸ D. BUREAU, *art. cit.* n°13, p. 65.

¹⁵¹⁹ Rapp. B. SAINTOURENS, « L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n°2004-274 du 25 mars 2004 », *Rev. soc.* 2004, p. 207 et s., spéc. p. 208 : « selon l'usage qui sera fait des diverses possibilités désormais offertes, chaque SARL aura désormais son propre visage ».

¹⁵²⁰ T. MASSART, « La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus », *BJS* 2008, p. 632 et s., spéc p. 641.

situations auxquelles chaque sorte de structure sociale renvoie, de sorte qu'à l'instar de l'abîme, la dérèglementation appelle la dérèglementation.

Plus grave, la déconnexion potentielle entre la représentation commune d'une forme sociale et ses réalités juridiques possibles peut conduire à fausser les raisonnements des juristes ou du législateur et les mener en conséquence à prôner ou édicter des normes inadaptées à leur champ d'application effectif.

519. Tel est schématiquement ce qui se produit lorsque, au rebours des représentations communes qui continuent d'assimiler grossièrement SSPRL et entreprise¹⁵²², le bénéfice des structures personnifiées à risque limité n'est pas réservé à ceux qui concourent à l'exercice d'une véritable activité entrepreneuriale, pourtant seule à même de justifier l'octroi de ce régime exceptionnel¹⁵²³.

Car si l'évocation des sociétés commerciales à risque limité laisse spontanément le juriste et le législateur se figurer le « monde des affaires », de la multinationale à la PME, où le régime de limitation de responsabilité a pu sembler légitime à trouver application, il s'avère que rien dans les conditions d'accès à ces régimes ne permet de réserver effectivement leur bénéfice à la figure d'une structure entrepreneuriale.

520. Remarques sur la dérèglementation et la faveur pour la « pratique » – Si les associés constituants sont peut-être les mieux à même de connaître leurs besoins et de modeler par conséquent le cadre juridique qui correspondrait le plus à leurs intérêts, leurs choix ne sauraient toujours être sans répercussions pour les tiers. Or laisser « la pratique » maîtresse du Droit, ainsi que le veut cette tendance à la dérèglementation, ne revient qu'à abandonner la construction du Droit à une seule catégorie de « partie prenante » parmi toutes celles susceptibles d'être affectée par l'organisation juridique mise en place¹⁵²⁴. Le risque est grand partant que cette dernière soit structurée dans l'intérêt exclusif de ses auteurs, au détriment potentiel des diverses catégories de tiers et au détriment aussi de la

¹⁵²¹ V. not. J. PAILLUSSEAU, « La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés ! » *D.* 1999, chron. p. 333.

¹⁵²² V. *supra* n°436 et s.

¹⁵²³ Sur les justifications politiques contemporaines de ce régime, v. *supra* n° 236 et s.

¹⁵²⁴ Sur le rôle de la pratique dans la construction du droit, v. not. B. GOLDMAN, « Rapport général en droit commercial » in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 34, *Le rôle de la pratique dans la construction du droit*, 1983, p. 163 et s., spéc. 165 ; B. SAINTOURENS, *art cit.* n°80 et s., p. 486 et s. Rapp. *supra* n° 463 et s.

cohérence de la matière¹⁵²⁵ – notamment par la rupture de l'équilibre des constructions qui la gouvernent, au gré des seuls intérêts immédiats de cette catégorie de parties prenantes¹⁵²⁶. Pour cette raison, juristes et législateur ne doivent pas renoncer à leur rôle d'arbitrage des intérêts en présence, d'architectes neutres d'un régime qui concilie ces derniers en un juste point d'équilibre¹⁵²⁷.

Tel est l'écueil essentiel de cette tendance contemporaine du droit des sociétés à la déréglementation, qui choie « la pratique » qu'elle a tendance à prendre pour seule boussole¹⁵²⁸, en omettant peut-être que cette notion renvoie essentiellement aux seuls « utilisateurs » des structures et que leurs intérêts peuvent parfois entrer en contradiction avec d'autres intérêts catégoriels muets, mais tout autant légitimes, et sur lesquels le législateur devrait pourtant veiller¹⁵²⁹.

521. La liberté offerte aux constituants d'opter pour une forme de structure sociale à risque limité, sans égard pour le type d'activité qu'ils comptent y développer est une manifestation de ce phénomène. L'importance donnée à l'objectif de doter les « praticiens » de l'outil qui serait le mieux à même de correspondre à leurs besoins semble avoir occulté la nécessité qu'il y aurait à réserver le régime dérogatoire de limitation de

¹⁵²⁵ C. HANNOUN *op. cit.* n°422 p. 281, qui évoque « la tendance générale à sacrifier la cohérence formelle du droit objectif à la nécessité d'adapter en permanence le droit aux réalités économiques ».

¹⁵²⁶ On peut penser par exemple à l'exigence de minimum de capital social que le législateur a supprimé dans bon nombre de formes sociales pour satisfaire aux souhaits de la « pratique » et qui de fait, a conduit notamment à une rupture de l'équilibre du mécanisme de limitation de responsabilité des associés à hauteur de leurs apports (V. *supra*, n° 284 et s. ; et *infra* n° 588 et s.).

¹⁵²⁷ Illustrant cette tendance au « pragmatisme économique » en faveur de la pratique des affaires, v. J. HAMEL et G. LAGARDE qui encourageaient « un rejet systématique des raisonnements logiques, lorsqu'ils conduisent à des solutions qui ne sont pas en pleine harmonie avec les besoins de la pratique des affaires » (*Traité de droit commercial*, 1^{ère} éd., 1954, Préface). Rapp. *supra* n° 463 et s.

¹⁵²⁸ Rapp. P. BEZARD cité par E. DU PONTAVICE, *art. cit.* p. 244 ; « Avec l'arrivée des difficultés économiques et sociales, les financiers ont fait leur apparition, donnant mauvaise conscience aux juristes, les amenant à modifier les textes dans la précipitation et même à imprimer des transformations fondamentales dans l'évolution du droit. En effet, le droit des sociétés avait été construit en 1966 à partir d'une analyse démocratique de la société. L'orientation actuelle, initiée très largement par le ministère des Finances est différente. Pour l'essentiel on tente de privilégier une approche financière, voire boursière, plus que juridique. L'objectif est désormais, non pas de respecter un certain équilibre conformément au droit des sociétés mais de permettre plus facilement aux entreprises d'accéder au marché financier et d'appeler l'épargne à s'investir dans les sociétés ».

¹⁵²⁹ Rapp. *supra* n°465. V. aussi J. PAILLUSSEAU, « Le big-bang du droit des affaires », *art. cit.*, spéc. n°85 ; également « L'EUURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *art. cit.* spéc. n°121. Rapp. encore, J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable en droit de la famille » in Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.) *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant 1984, p. 97 et s., spéc. p. 104 : « Cet aphorisme [“chacun est juge de ses intérêts”], frustré à force d'avoir circulé, est un de ceux qui rendent possible la vie sociale. Mais appliquez-le à la vie juridique, plus spécialement judiciaire : il bute sur le phénomène du contradictoire. Il y a par hypothèse, conflit – soit conflit entre deux intérêts, soit conflit entre deux appréciations du même intérêt. Qui sera juge des intérêts, de l'intérêt ? Le juge ». V. enfin P. DIENER, « « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », *art. cit.* spéc. n°93 et s., p. 123 et s.

responsabilité aux seules hypothèses où celui-ci serait susceptible de réaliser la promotion et le financement de l'entrepreneuriat qui constitue sa raison d'être.

Or, on a vu que la « société », concept bien large et protéiforme, n'implique aucunement par lui-même l'exercice dynamique d'une activité économique ou d'une entreprise au sens économique¹⁵³⁰ ; qu'il est au contraire largement admis, ainsi que cela est couramment pratiqué notamment dans le cadre de SCI ou de holdings, que la société puisse constituer une simple technique de détention ou de gestion passive d'actifs¹⁵³¹, un « support juridique des propriétés immobilières »¹⁵³², en somme une technique alternative à l'indivision¹⁵³³, et même un simple outil de transfert de propriété à moindre coût fiscal. Et il semble dès lors hautement problématique que ne soit pas intégré au stade plus resserré du champ d'application des SSPRL, un ou plusieurs critères visant à limiter effectivement le bénéfice de ces régimes aux seules hypothèses de poursuite effective d'une entreprise au sens économique, alors que c'est la promotion de cette dernière qui constitue la raison d'être exclusive de la mesure de limitation de responsabilité.

§2. L'impérieux cantonnement du bénéfice des SSPRL aux activités entrepreneuriales

522. Puisque la réalisation d'une approche fonctionnelle en la matière semble devoir être réalisée au niveau plus spécifique des types sociétaires personnifiés plutôt qu'à celui générique de la « société » qui embrasse des réalités trop hétérogènes, on est tenté de proposer que le bénéfice spécifique des SSPRL soit strictement réservé aux seules hypothèses d'exploitation d'une entreprise.

Pensée initialement pour les entreprises commerciales qui constituèrent longtemps la seule figure de l'entreprise, la limitation de responsabilité naquit logiquement au sein

¹⁵³⁰ V. *supra*, Sous-section 1 n° 481 et s.

¹⁵³¹ V. not. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, 32^{ème} éd., n°35 et s., not. n°36 p. 13 : « ces sociétés n'exploitent aucune entreprise ; elles se contentent de gérer leur patrimoine comme le feraient de simples particuliers ».

¹⁵³² M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, 32^{ème} éd., n°1691, p. 678.

¹⁵³³ V. par exemple, J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2010, n° 472, p. 536 et s. ; F. DEBOISSY et G. WICKER, v° « Successions. – Indivision. – Indivision et société », *J. Class. Civ.* art. 815 à 815-18 - Fasc. 60 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil »,

des sociétés commerciales, dont elle reste aujourd'hui encore un attribut exclusif. Aussi est-il bien surprenant que le bénéfice du régime de ces sociétés commerciales n'ait pas été réservé aux seules hypothèses d'exploitation effective d'une d'activité commerciale (A).

Aujourd'hui, alors que les phénomènes de l'entreprise débordent le cadre de la commercialité et que la notion d'entreprise tend à s'affirmer en droit comme un concept opératoire, il apparaît facile de réaliser une adéquation des hypothèses de réalisation effective de la mesure avec ses justification en érigeant la notion d'entreprise en condition d'accès aux régimes de SSPRL (B).

A. Le défaut d'exigence originel d'objet commercial des sociétés à risque limité

523. Les liens entretenus entre les notions de commercialité et d'entreprise –

L'une des *summa divisio* traditionnelle du droit des sociétés – bien qu'elle subisse une perte d'influence notable en droit contemporain¹⁵³⁴ qui peut certainement être reliée au mouvement évoqué d'altération de l'identité des types sociétaires¹⁵³⁵ – repose sur un critère tenant à la nature civile ou commerciale de la société ; la limitation de responsabilité n'étant connue que des secondes.

Or, si la notion d'entreprise est relativement récente¹⁵³⁶, le phénomène qu'elle désigne semble quant à lui sans âge¹⁵³⁷ et entretenir des liens très étroits avec la notion de commercialité¹⁵³⁸. Comme le remarquent en effet M^{mes} Dekeuwer-Défossez et Blary-

RTD com. 1979, p. 645 et s. ; F. DEBOISSY et G. WICKER, « La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux », *RTD civ.* 2000, p. 225 et s.

¹⁵³⁴ V. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.* 32^{ème} éd. n°373, p. 150.

¹⁵³⁵ V. *supra* n°516 et s.

¹⁵³⁶ Bien qu'on trouve la trace de l'expression auparavant, et notamment au sein du Code de commerce de 1807 (v. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial*, 12^{ème} éd. LGDJ, 2019, n°122 p. 85), la conceptualisation de l'entreprise semble relever essentiellement de la première moitié du XX^{ème} siècle (v. not. D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, entrée « Entreprise » par P. DIDIER).

¹⁵³⁷ S'il s'agit – en substance – de viser par cette expression un « organisme autonome ayant pour but la production de certains biens ou services pour le marché » (G. LAMBERT, « Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise », *Mélanges Kayser*, t. II, PUAM, 1978, p. 77 s. , spéc. p. 78) on peut sans trop de risque estimer qu'un tel phénomène précédait largement sa conceptualisation.

¹⁵³⁸ V. C. CHAMPAUD et J. PAILLUSSEAU, *L'entreprise et le droit commercial*, Armand Colin, 1970.

Clément, « très rares sont les actes de commerce isolés et dans l'immense majorité des cas, l'émergence d'un acte de commerce repose sur une structure, composée d'un ensemble de biens et de personnes, permettant la répétition d'opérations identiques qui caractérise une activité professionnelle, en d'autres termes, sur une entreprise »¹⁵³⁹. La similitude des critères de définitions proposés par la doctrine pour cerner les notions d'entreprise d'une part et de commercialité d'autre part est remarquable. Les critères fréquemment proposés pour appréhender la *commercialité*, comme ceux faisant référence à la circulation des richesses¹⁵⁴⁰, au caractère répété des actes¹⁵⁴¹, lesquels sont réalisés dans le cadre d'une « activité »¹⁵⁴² ou d'une « profession »¹⁵⁴³ commerciale, font ainsi écho de manière évidente aux éléments de définition de l'entreprise¹⁵⁴⁴ que nous avons déjà évoqués¹⁵⁴⁵. D'ailleurs, la notion

¹⁵³⁹ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, E. BLARY-CLEMENT, *op. cit.*, n°122 p. 85.

¹⁵⁴⁰ E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité de droit commercial*, t. 1, Rousseau, 1907, n° 5 ; v. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, E. BLARY-CLEMENT, *op. cit.*, n°119, p 83, et rappr. *supra*, Section 1

¹⁵⁴¹ Le fait que les actes puissent se rattacher à une activité habituelle est un critère parfois utilisé en jurisprudence. V. en ce sens par ex. Cass. com. 5 déc. 2006 (*Bull. civ. IV* n°236 ; *D.* 2007, p. 89 et s. obs. E. CHEVRIER, *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. 87, obs. L. LEVENEUR ; *RTD com.* 2007, p. 673, note B. SAINTOURENS, qui qualifie l'activité d'expert en diagnostique immobiliers de commercial « une telle activité, qui n'est pas purement intellectuelle revêt un caractère commercial dès lors qu'elle est exercée à titre habituel et lucratif ». Et il est en outre admis que certains actes, de nature civile tant qu'ils restent isolés, deviennent commerciaux par leur répétition dans le cadre d'une organisation préétablie, ainsi par exemple de l'activité de transport qui est, au terme de l'article L. 110-1, commerciale à condition de s'inscrire dans le cadre d'une « entreprise » de transport (v. J. HAMEL, P. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Traité de droit commercial*, t.1, Dalloz, 2e éd. 1980, n° 150 ; J. VALLANSAN et R. VABRES, v° « Compétence des tribunaux de commerce – Détermination des actes de commerce » *J.-Class. Commercial*, fasc. 37, n°16).

¹⁵⁴² P. DIDIER, « Remarques pour servir à une définition du droit commercial », *D.* 1962, doctr. p. 221 ; F. X. VINCENSINI, *La commercialité, Recherche sur l'identification d'une activité*, th. Aix-Marseille, 1998 ; rappr. *supra* Section 1 ; v. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, E. BLARY-CLEMENT, *op. cit.*, n°119, p 83.

¹⁵⁴³ Selon la conception subjective de la commercialité, un acte est commercial s'il est réalisé par un commerçant dans le cadre de sa profession (v. *J. Class. Commercial*, fasc. 37 : « Compétence des tribunaux de commerce – Détermination des actes de commerce » par J. VALLANSAN et R. VABRES, n°18 ; G. RIPERT, R. ROBLOT, par M. GERMAIN et P. DÉLEBECQUE, *Traité de droit commercial*, 17^{ème} éd., LGDJ 2004, n° 306). Le code de Commerce répute commerçants « ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle. Ce critère naturellement fait écho à la notion d'entreprise qui suppose à l'évidence une certaine permanence dans le temps.

¹⁵⁴⁴ On peut encore relever comme symptôme de la proximité de l'*entreprise* et de la *commercialité*, l'exception au principe d'exclusion des activités libérales du champ de la commercialité si l'activité en question suppose une certaine structure et l'affectation de moyens matériels. Autrement dit, l'exercice d'une activité libérale au sein d'une entreprise, entraînerait par exception alors son caractère *commercial*. Rappr. Cass. com. 5 déc. 2006 cité note 1541 ; B. Saintourens approuve dans sa note (citée *supra*) la solution retenue en faisant valoir que l'activité en question ne peut se réaliser « sans le recours à des équipements plus ou moins sophistiqués ». Ces critères rappellent à l'évidence certains aspects essentiels de nombreuses définitions de l'entreprise (v. par exemple, la définition retenue couramment par la CJUE en matière de droit social (v. L. IDOT, « La notion d'entreprise », *art. cit.* n°10) : « un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique » (CJCE, 11 mars 1997, Süzen, aff. C-13/95).

¹⁵⁴⁵ V. *supra* n°470 et s.

d'entreprise a pu être telle quelle proposée comme critère déterminant de la commercialité¹⁵⁴⁶.

524. L'entreprise visée au travers de la notion de commercialité pour l'application de la limitation de responsabilité – Aussi, l'étroitesse de ces liens entre la notion moderne d'entreprise et la vieille notion de commercialité peut nous laisser croire à l'existence d'un rapport initial entre limitation de responsabilité et entrepreneuriat avant l'émergence de ce dernier concept, par le truchement de la notion de commercialité, laquelle aurait peu ou prou visé originellement le même phénomène.

Le fait que cette mesure de limitation de responsabilité ne soit connue que des sociétés commerciales pourrait donc s'expliquer par ce lien primitif : l'entrepreneuriat ne se réalisant initialement que dans le cadre des affaires de commerce – et ces deux notions étant aujourd'hui encore assez proche – la commercialité aurait permis de viser indirectement le phénomène innomé de l'entreprise dans la construction du régime de limitation de responsabilité de l'associé¹⁵⁴⁷.

Ainsi lorsqu'émergea la conception moderne de la limitation de responsabilité au sein des grandes sociétés de capitaux du XIX^{ème} siècle¹⁵⁴⁸, cette mesure fut justifiée par les nécessités du *commerce*, mais elle aurait pu indifféremment s'expliquer par les nécessités de *l'entrepreneuriat* si la notion avait existé. Illustrant d'ailleurs la quasi fongibilité de ces notions, lorsque le législateur créait la SARL en 1925, il affirmait vouloir permettre « aux *commerçants* » de ne pas être « responsable des dettes sociales au-delà du montant de [leur] apport »¹⁵⁴⁹ et de permettre « aux *industriels* et aux *commerçants* de limiter entièrement leur responsabilité dans leurs *entreprises* »¹⁵⁵⁰. Cette société nouvelle apparaissait ainsi comme une société commerciale pensée pour les commerçants et pour l'exploitation de leur entreprise, même si ce dernier concept ne devait pas apparaître dans la loi : l'idée de

¹⁵⁴⁶ J. ESCARRA et J. RAULT, *Cours de droit commercial*, t. I, n° 102 s.; J. ESCARRA, *Manuel de droit commercial*, Sirey, 1948, spéc. n° 91 ; J. VALLANSAN et R. VABRES v. « Compétence des tribunaux de commerce – Détermination des actes de commerce », *J. Class. Commercial*, fasc. 37 : par, n°26 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, E. BLARY-CLEMENT, *op. cit.*, n°122, p. 85. Rapp. également C. CHAMPAUD et J. PAILLUSSEAU, *L'entreprise et le droit commercial*, Colin 1970.

¹⁵⁴⁷ Sur laquelle, v. *supra* n° 162 et s.

¹⁵⁴⁸ V. *supra* n° 199 et s.

¹⁵⁴⁹ Présentation de la loi 7 mars 1925, *D.H.* 1925, p. 169 et s., spéc. n°1 p. 169.

¹⁵⁵⁰ Présentation de la loi 7 mars 1925, *D.H.* 1925, p. 169 et s., spéc. n°2 p. 170. Nous soulignons.

commercialité pouvait sembler suffisante à l'exprimer car nul ne songeait vraisemblablement à l'utilisation de cet outil juridique pour une finalité autre que l'exploitation d'une entreprise.

525. Le défaut de cantonnement de la limitation de responsabilité aux activités commerciales – Aussi, si l'on peut s'expliquer l'absence de la notion d'entreprise des conditions d'accès aux SSPRL par la relative nouveauté de la notion, et plus encore de son accès au monde juridique, on s'étonnera qu'il n'ait pas été jugé utile de réserver effectivement ces sociétés à risque limité, conçues et pensées pour le commerce et l'industrie et soumises très tôt au régime de la commercialité¹⁵⁵¹, à ceux qui envisagent l'exploitation d'un objet de nature commerciale¹⁵⁵².

Peut-être, la règle de commercialité par la forme, impliquant que soient soumises au régime de la commercialité ces sortes de structures indépendamment de leur objet¹⁵⁵³, ou encore la lourdeur des formalités constitutives et de fonctionnement ont pu être considérées comme une dissuasion suffisante pour garantir effectivement la conformité de l'utilisation de ces outils à ce pour quoi ils étaient pensés.

Le fait est en tout cas que, plutôt que de réserver initialement le bénéfice de ces sociétés commerciales à risque limité aux seules activités commerciales pour lesquelles ce régime était pensé, le droit positif a inversement ouvert le bénéfice de ces structures à tout type d'activité, en imprimant à l'activité exercée dans ce cadre, quelle que soit sa nature, un caractère commercial. Il laissait alors ouverte la possibilité d'une utilisation de ces instruments dans des hypothèses éloignées de leur raison d'être – ainsi notamment lorsque plus tard, se développa la pratique des sociétés de holding – ou que désormais, les petits spéculateurs sont incités à réaliser leur investissement immobilier en recourant à la création d'une SARL familiale pour profiter de ses avantages fiscaux¹⁵⁵⁴.

¹⁵⁵¹ La règle de la commercialité par la forme, aujourd'hui prévue par l'article L210-1 C. com, impliquant la soumission des sociétés de forme commerciales au droit commercial indépendamment de leur objet, est ancienne puisqu'elle remonte à la loi du 1^{er} août 1893 pour les sociétés par actions, v. à ce sujet A. DEKEUWER, « Le problème des rapports entre la forme et l'objet des sociétés, » *JCP CI* 1977, II, 12392, spéc. n°14 et s. ; W. JEANDIDIER, « L'imparfaite commercialité des sociétés à objet civil et forme commerciale » *D.* 1979, p. 7.

¹⁵⁵² A propos de l'influence de la finalité sur les conditions de constitutions, v. not. D. RANDOUX, *La spécialisation des sociétés*, in *Mélanges A. Weill*, Dalloz-Litec 1983, p. 471 et s. ; P. COULOMBÈL, *Le particularisme...*, *op. cit.*

¹⁵⁵³ V. *supra* note 1551.

¹⁵⁵⁴ Pour une illustration d'une telle incitation par la presse généraliste, v. not. : <http://leparticulier.lefigaro.fr/article/pour-louer-meuble-preferez-la-sarl-de-famille/>

B. L'érection de l'entreprise en condition d'accès aux SSPRL

526. Il est donc apparu que le champ d'application de ces structures à risque limité semblait dans une large mesure errant et que le bénéfice de celles-ci n'était nullement réservé à ceux qui mettent en œuvre ou financent un projet entrepreneurial. Le bénéfice de ce régime de limitation de responsabilité, malgré son caractère hautement dérogatoire aux principes essentiels gouvernant notre système de droit privé, n'est donc pas assorti des conditions permettant de cantonner son application aux seules hypothèses que ses justifications commandent. Il apparaît partant impératif d'intégrer aux conditions d'accès aux régimes de SSPRL un critère tenant à l'exigence d'une véritable entreprise dont il convient de préciser les contours (1) et les moyens de mise en œuvre (2).

1. La notion d'entreprise comme condition d'accès aux SSPRL

527. Ainsi que nous avons eu l'occasion de l'évoquer, les multiples travaux doctrinaux et les emplois courants de la notion en droit positif lui confèrent des contours suffisamment précis pour la rendre juridiquement opératoire (a). Naturellement, la finalité de son utilisation dans le cadre qui nous occupe pourra influencer quelque peu sur sa définition (b).

a. Un concept suffisamment précis et juridiquement opératoire

528. **Le critère de définition primordial de l'activité économique doté de contours suffisamment précis** – Les études menées par la science économique et juridique paraissent être parvenues à dégager certains critères de définitions de l'entreprise définis avec une précision suffisante pour rendre cette notion opératoire en droit et nous renvoyons ici aux développements précédents qui retracent les grandes lignes d'une définition

reposant sur l'idée d'un organisme autonome visant à l'exploitation d'une activité économique¹⁵⁵⁵.

On relèvera en outre qu'au regard des finalités poursuivies par la mesure de limitation de responsabilité, c'est essentiellement le critère de définition tenant à l'« activité économique » de l'entreprise qui doit être pris en compte pour borner le champ d'application de cette mesure : en effet, les bénéfices attendus sur le terrain de la croissance et de l'emploi ne semblent en aucune manière tributaire du degré d'autonomie de la structure, mais sont en revanche bel et bien conditionnés au fait que la structure développe une activité économique. Or ce critère paraît affecté de bien moins d'incertitudes que celui de l'autonomie¹⁵⁵⁶. De ce fait, les éventuelles hésitations qui entourent ce dernier ne sauraient faire renoncer à l'emploi de la notion d'entreprise ici : si l'entreprise doit être utilisée pour borner le champ d'application de la limitation de responsabilité, c'est essentiellement en ce qu'elle permettra de conditionner l'octroi de ce bénéfice à l'exercice d'une activité économique, laquelle constitue la justification véritable de la mesure.

C'est donc ici essentiellement la notion d'activité économique, consubstantielle à l'entreprise, qui importe pour borner pertinemment le champ d'application de la limitation de responsabilité, et cette notion d'activité économique apparaît en elle-même définie avec suffisamment de fermeté pour être opératoire¹⁵⁵⁷.

529. L'utilisation courante de la notion en droit de la concurrence – L'utilisation usuelle et centrale de la notion d'entreprise en droit de la concurrence notamment atteste de son aptitude à être opératoire. Son utilisation désormais courante et stable en cette matière oppose un démenti à ceux qui considèrent trop évanescence la notion pour être utilisée par le droit¹⁵⁵⁸. L'utilisation de la notion en droit des sociétés pour borner le champ d'application des SSPRL pourrait, qui plus est, emprunter au droit de la concurrence la définition de l'entreprise que des décennies de jurisprudence sur la question ont permis d'affiner.

¹⁵⁵⁵ V. *supra* n° 466 et s.

¹⁵⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁵⁷ V. *supra* n°471 et s.

¹⁵⁵⁸ V. *supra* n°469 ; v. V. M. PASTUREL, « Entreprise et raisonnement économique. Quelle place dans le droit positif ? L'exemple de la concurrence », in *Mélanges P. Bézard*, Montchrestien 2002, p. 273 et s., spéc. p. 273.

530. La transposition de l'acception retenue en droit de la concurrence – Les définitions que l'on trouve dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne paraissent *a priori* pouvoir parfaitement être utilisées en tant que bornes du champ d'application des SSPRL ; s'y trouve affirmé que « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »¹⁵⁵⁹, l'activité économique étant entendue comme « toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné »¹⁵⁶⁰ et se caractérise essentiellement par le fait qu'elle « implique des échanges économiques »¹⁵⁶¹. Ces définitions des juges européens recourent en réalité les activités visées par l'article L 410-1 du Code de commerce¹⁵⁶² qui, pour borner le champ d'application des règles relatives au respect de la libre concurrence, vise quant à lui « toutes les activités de production, de distribution et de services ».

Aussi, les craintes tenant à l'utilisation d'un concept imprécis peuvent être aisément levées dès lors que la notion d'entreprise comme borne d'accès aux SSPRL peut prendre appui sur l'acception du droit de la concurrence affinée au gré des litiges par une vaste jurisprudence interne comme européenne et qui recoupe avec justesse les définitions que la science juridique et économique a pu élaborer .

Cela dit, il va de soi que si la définition de l'entreprise que retient le droit de la concurrence fournit une source d'inspiration précieuse au juge pour borner le champ d'application des SSPRL, l'on doit nécessairement se sentir autorisé à apporter au contenu de la notion les aménagements commandés par les finalités spécifiques de cette utilisation nouvelle : le droit n'a évidemment pas pour fonction de découvrir une définition unitaire et absolue de l'entreprise et les juges devront au contraire définir l'entreprise en fonction de la *ratio legis* du corpus normatif faisant usage de ce concept¹⁵⁶³.

¹⁵⁵⁹ CJCE, 23 avr. 1991 *Höfner et Elser*, aff. C- 41/90, R, I-1979, concl. av. gén. F.-G. JACOBS ; v. A. DECOCQ, G. DECOCQ, *Droit de la concurrence*, LGDJ 8^{ème} éd., n°26 et s. , p. 59 et s. Rapp. également, L. VOGEL, *Droit européen des affaires*, Dalloz 2^{ème} éd. 2019, not. n°571 et s., p. 570 et s.

¹⁵⁶⁰ CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ Italie*, aff. C-35/96, R I-3851, concl. av. gén. C.O. LENZ ; v. A. DECOCQ, G. DECOCQ, *op. cit. loc. cit.*

¹⁵⁶¹ Décision du 20 juillet 1999 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE – Coupe du monde de football 1998, *JOCE*, n° L 5 du 8 janvier 2000.

¹⁵⁶² V. LHUILLIER, « Le critère jurisprudentiel d'application du droit de la concurrence » *RTD com.* 1994. 645 ; A. DECOCQ, G. DECOCQ, *Droit de la concurrence*, LGDJ 7^{ème} éd., n°26 et s. , p. 59 et s.

¹⁵⁶³ V. T. LAMARCHE, *art. cit.* n°39 ; L. IDOT, *art. cit.*, n°26 et s.

b. L'adaptation de la notion aux finalités de son utilisation

531. L'entreprise comme outil d'application du droit appelant une définition fonctionnelle – Si l'on doit faire de l'entreprise une condition essentielle d'accès aux régimes de limitation de responsabilité des associés, il convient de modeler les contours de la notion en considération des objectifs de ce régime : la notion d'entreprise est, dans ce cadre, un outil d'application du droit et sa définition répond donc à cette seule finalité. De sorte que si l'on peut utiliser la définition du droit de la concurrence comme modèle d'inspiration à appliquer à défaut d'impératif contraire, certaines spécificités tenant aux finalités du régime de limitation de responsabilité peuvent conduire à exclure certaines hypothèses que la définition du droit de la concurrence embrasserait, ou au contraire à en intégrer certaines que cette acception laisserait hors de son champ¹⁵⁶⁴. Il faut donc se garder d'une transposition aveugle et mécanique de la notion utilisée ailleurs à d'autres fins.

532. L'exemple de l'activité libérale – Ainsi, alors qu'il ressort avec constance des travaux de science économique comme de la jurisprudence du droit de la concurrence que la notion d'entreprise peut embrasser toute sorte d'activité économique, y compris les activités libérales¹⁵⁶⁵, les finalités spécifiques du régime de limitation de responsabilité peuvent conduire à émettre certaines réserves à l'idée d'intégrer les activités libérales dans le champ de la notion si cette dernière doit constituer le critère essentiel du bénéfice de limitation de responsabilité.

533. Le mode d'exercice traditionnel des professions libérales, cadre peu propice de réalisation des objectifs de la limitation de responsabilité – En effet tant l'aptitude de

¹⁵⁶⁴ Rappr. G. RIPERT, *Aspects juridiques*, op. cit. p. 267.

¹⁵⁶⁵ V. *supra* Section 1, V. B. MERCADAL, « La notion d'entreprise », art. cit. ; J. R. BLAISE, R. DESGORCES, *Droit des affaires*, LGDJ 2017, 9^{ème} éd., p. 191, n°324 ; L. LE HEN, *Libéralisme professionnel et capitalisme sociétairé dans les sociétés d'exercice libéral*, thèse Rennes, dir. C. CHAMPAUD, 1996, p 41 et s. Rappr. encore Ch. BOLZE : « l'objectif économique [qui caractérise l'entreprise] doit s'entendre de toute activité durable de production, distribution ou de commercialisation à ses risques d'un bien ou d'un service sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la nature de l'activité, de la nature du bien ou du service » (« La notion d'entreprise en droit communautaire » in *L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires en France dans la perspective de 1992*, *RJ com num. spécial* nov. 1987, p. 67)

ce régime à drainer des capitaux, que celle d'inciter à l'initiative entrepreneuriale, qui constituent les justifications essentielles de celui-ci¹⁵⁶⁶, paraissent trouver bien peu de résonance rapportées à une activité libérale, du moins dans son mode d'exercice traditionnel.

Le fort *intuitu personnae*¹⁵⁶⁷ qui caractérise classiquement ces sortes d'activités conduit en effet généralement à leur exercice dans un cadre individuel ou au sein de structure très modestes, sans doute car tel est la condition de l'étroitesse primordiale du lien entre le client et le professionnel libéral¹⁵⁶⁸ traditionnellement perçu comme essentiel à ces professions.

Or, dans ce cadre, on peut d'une part considérer que ceux qui se livrent à l'exercice d'une profession libérale n'ont nul besoin de s'associer à des financiers, et l'on peut d'autre part douter de la réalité de l'impact incitatif d'une telle mesure à l'exercice de leur profession par ceux qui sont susceptibles d'en bénéficier.

534. La vaine aptitude à drainer les capitaux – Tout d'abord, l'activité libérale se caractérise traditionnellement par la primauté de l'aspect intellectuel sur l'aspect matériel ; hormis quelques hypothèses¹⁵⁶⁹, ces sortes de professions ne supposent donc pour leur exercice que des moyens matériels modestes¹⁵⁷⁰. Elles n'impliquent en effet, au contraire des activités industrielles et commerciales pour lesquelles la limitation des risques fut pensée, nul coûteux investissements en recherche et développement, marketing, publicité, salaires, stocks ou matière première à acquérir, etc.

De surcroît, en plus d'être d'importance modeste, la « mise de départ » que ces sortes d'activités sont éventuellement susceptible de nécessiter s'incarnera dans quelques outils de travail parfois certes relativement onéreux à l'échelle individuelle, comme l'appareillage du dentiste ou du radiologue, mais qui subsisteront dans le patrimoine du praticien et sur lesquels un éventuel prêteur pourra le cas échéant exercer facilement son droit de gage (au contraire donc des investissements visés plus haut

¹⁵⁶⁶ V. *supra* n° 236 et s.

¹⁵⁶⁷ Rappr. F. X. LUCAS, « Réalité de la personnalité morale des SEL et des SCP » : *Bull. Joly Sociétés* 2010, Editorial, p. 111.

¹⁵⁶⁸ Rappr. à propos des caractères traditionnellement attachés à l'activité libérale qui commandent une structure d'exercice de taille modeste, C. LE HEN, *th. cit.* spéc. p. 102 et s. et les réf. citées.

¹⁵⁶⁹ On songe par exemple au dentiste ou au radiologue.

¹⁵⁷⁰ Rappr. B. SAINTOURENS, note sous Cass. com. 5 déc. 2006, *RTD com.* p. 673 ; J.J. DAIGRE, « La SELARL unipersonnelle : légalité, intérêts et inconvénients. », *BJS* 2000, p. 255, spéc. n°8 : « l'activité libérale, hormis quelques professions comme les radiologues ou les directeurs de laboratoires d'analyses de biologie médicale, est bien moins gourmande en investissements ».

que nécessitent les entreprises industrielles et commerciales : salaires, dépenses de marketing, etc.). De ce fait, l'entrepreneur libéral n'aura en principe qu'assez peu de difficultés à trouver le financement nécessaire à son activité dans l'hypothèse où il n'en disposerait pas lui-même par le recours à un emprunt bancaire, sans avoir besoin de s'associer à un financier apporteur de capitaux.

535. L'illusoire caractère incitatif – Quant à l'autre versant des justifications de la limitation de responsabilité, qui tient à l'idée que cette mesure tendrait à inciter les entrepreneurs à « sauter le pas », à réaliser le projet entrepreneurial qu'ils ont pu concevoir grâce à la limitation des risques inhérents à cette réalisation¹⁵⁷¹, on peut également douter de sa pertinence en matière d'entreprise libérale. On peine en effet à concevoir qu'un dentiste, un avocat, un architecte ou un psychanalyste vienne à renoncer à l'exercice de sa profession libérale pour les risques qu'elle est susceptible de lui faire courir. De fait, au contraire de l'aventure commerciale, ces activités libérales sont plutôt perçues comme ne comportant qu'assez peu de risques, la pire éventualité généralement considérée par ceux qui les entreprennent étant de ne pas gagner d'argent mais rarement d'en perdre, de sorte que la limitation de responsabilité qui leur est proposée ne semble pas en mesure de remplir la fonction incitative qui lui est généralement prêtée et qui la justifie.

On remarquera en outre qu'en l'état actuel du droit positif, la limitation de responsabilité spécifiquement offerte par les sociétés d'exercice libéral (SEL) aux professions libérales qui entrent dans son champ d'application¹⁵⁷² ne couvre justement pas la responsabilité professionnelle qu'ils sont susceptibles d'encourir¹⁵⁷³ et dont à la rigueur, on pourrait admettre qu'elle ait un caractère dissuasif compte tenu de l'importance des montants en jeu (bien qu'elle soit le plus souvent couverte par une assurance obligatoire)¹⁵⁷⁴.

¹⁵⁷¹ V. *supra* n° 236 et s..

¹⁵⁷² Il s'agit des « professions libérales soumises à un statut législatif et réglementaire ou dont le titre est protégé », (loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990), v. *infra* n° 538.

¹⁵⁷³ Art. 13 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 : « Chaque associé répond sur l'ensemble de son patrimoine des actes professionnels qu'il accomplit. La société est solidairement responsable avec lui » ; v. *Etudes Joly Société*, « Société d'exercice libéral » par D. BERT.

¹⁵⁷⁴ V. Y. LAMBERT-FAIVRE, « Les assurances obligatoires », in F. EWALD, J.-H. LORENZI (dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Economica, 1998, p. 541 et s. et spéc. p.550 ; Rapport du groupe de travail du Ministère de l'économie, des finances et du budget, décembre 1992 in *Risques*, oct.-déc. 1992, n°12, p. 29 et s., spéc. p. 34

536. Pertinence de la mesure dans le cadre des « entreprises libérales capitalistes »¹⁵⁷⁵ – Cela étant dit, ce mode traditionnel et « pur »¹⁵⁷⁶ d'exercice de l'activité libérale tel qu'on a généralement tendance à se le représenter, ainsi qu'en témoignent les propos qui précèdent, ne constitue plus, à l'évidence, la seule forme de son exploitation. Les professions libérales n'ont pu, dit-on, « se soustraire aux mutations du monde modernes »¹⁵⁷⁷ et auraient été contraintes de « conformer la tradition aux nécessités contemporaines »¹⁵⁷⁸. Aussi furent elles gagnées par les modes d'organisation capitalistes des entreprises¹⁵⁷⁹, la division du travail et sa spécialisation¹⁵⁸⁰, en empruntant aux grandes entreprises industrielles leur mode d'organisation¹⁵⁸¹. La France a-t-elle ainsi accueilli la pratique que connaissaient déjà de longue date les États-Unis¹⁵⁸² de l'exploitation de l'activité libérale sous forme de grandes structures capitalistes minutieusement organisées, appliquant aux professions de nature traditionnellement libérale, le modèle fordiste des entreprises industrielles¹⁵⁸³. Et il est facile de se représenter pour illustrer ce phénomène une grande clinique médicale à l'organisation comparable à celle d'un centre commercial¹⁵⁸⁴ ou l'un de ces célèbres cabinets d'avocats « omniprésent, coûteux dans son fonctionnement en raison de ses dimensions mêmes, soucieux de rentabilité et de productivité, pour lequel un client n'est qu'un dossier »¹⁵⁸⁵ et où la fidélité de la clientèle va essentiellement à « l'organisation, à l'équipement, aux modes de travail qui forment des éléments matériels, indépendamment de la personne de celui qui les a mis en place, qui lui survivront et continueront d'attirer la clientèle entre les mains d'un successeur »¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁷⁵ L. LE HEN, *th. cit.* v. spéc. Partie 1, Titre 2.

¹⁵⁷⁶ Certains auteurs ont défendus l'idée que l'activité libérale était incompatible avec un mode d'exercice de type industriel ou capitaliste, v. sur ces conceptions, L. LE HEN, *th. cit.* p. 103 et s.

¹⁵⁷⁷ L. LE HEN, *th. cit.* p. 109 ; rappr. aussi J. SAVATIER, « La profession libérale aujourd'hui » in *Exercice en groupe des professions libérales, Actes du colloque du 29 mars 1994*, GLN-JOLY 1995, p. 65 et s.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*

¹⁵⁷⁹ Rappr. L. LE HEN, *th. cit.*

¹⁵⁸⁰ R. SAVATIER, « L'origine et les développements du droit des professions libérales », *A.P.D.* 1953-1954, p. 45 et s., spéc. p. 72 : « la division du travail gagne ces professions elles-mêmes, avec la spécialisation qu'entraînent la masse et la diversité des techniques ». Rappr. L. LE HEN, *th. cit.*, p. 31.

¹⁵⁸¹ Rappr. P. HENRIOT, « Doter les professions libérales des cadres juridiques adaptés à l'évolution socio-économique », in *L'exercice libéral des professions judiciaires et juridiques*, Forum du droit des affaires, Paris 20 juin 1991, Litec p.1 et s.

¹⁵⁸² V. R. SAVATIER, *art. cit.* p. 73.

¹⁵⁸³ V. généralement sur ce phénomène, la thèse de L. LE HEN, *précitée*.

¹⁵⁸⁴ Cette manière capitaliste d'exercer une activité de nature libérale peut dénaturer celle-ci, ainsi les tribunaux ont-ils déjà eu l'occasion de juger qu'une clinique médicale exerçait une activité commerciale (v. Cass. Civ. 12 nov. 1923, *S.* 1925. 1. 153, note A. S. ; Com. 17 juill. 1973, *Bull. civ.* IV, n°249 ; CA Paris, 13 févr. 1964, *RTD com.* 1964. 387, obs. R. HOUIN).

¹⁵⁸⁵ A. PIEDELIEVRE, « La productivité dans les professions libérales », cité par L. LE HEN, *th. cit.* p. 72.

¹⁵⁸⁶ L. LE HEN, *th. cit.* p. 72.

Or dans ce cadre spécifique, on conçoit tout à fait que la limitation de responsabilité trouve une hypothèse d'application conforme à sa raison d'être. L'importance des moyens de fonctionnement nécessaires à ce mode d'exploitation capitaliste, sinon industriel, d'une activité libérale¹⁵⁸⁷ rend tout à fait pertinente l'association des praticiens à des financiers, tandis que l'importance des risques en jeu, proportionnels à l'ambition du projet, rend plausible l'idée que leur limitation pourrait inciter à la réalisation de ces sortes d'entreprises.

537. La tentation de réserver le bénéfice de limitation de responsabilité aux activités libérales exploitées dans un cadre capitaliste – De ces développements découle donc naturellement la tentation de réserver le bénéfice de la limitation de responsabilité à ces seules hypothèses de structures visant à l'exploitation d'une activité libérale au travers d'une organisation d'une certaine ampleur, de type capitaliste et de le refuser à l'inverse aux professionnels libéraux qui exercent leur activité dans un cadre traditionnel au sein de structures individuelles ou modestes, marqué par une relation personnelle fortement teintée *d'intuitu personae* avec leur client et où la structure ne joue qu'un rôle secondaire par rapport à la personne du praticien.

538. L'ouverture de la limitation de responsabilité aux activités libérales pensée pour les structures capitalistes – C'est d'ailleurs en songeant à ce cas de figure bien précis des entreprises libérales capitalistes que le législateur institua justement en 1990 la société d'exercice libéral (SEL)¹⁵⁸⁸ – initialement dénommée d'ailleurs société de capitaux à objet civil ! – consacrant l'ouverture des structures commerciales à risque limité aux professions libérales réglementées.

L'accès de ces professionnels au bénéfice de la limitation de responsabilité a ainsi été exclusivement dicté par la volonté de « favoriser la constitution de grands cabinets aptes à soutenir la concurrence des firmes étrangères et à se déployer à l'extérieur de nos frontières »¹⁵⁸⁹.

¹⁵⁸⁷ L. LE HEN parle des entreprises libérales capitalistes (v. *th. cit.* not. Partie 1, Titre 2) ou de « technique d'organisation capitaliste de l'entreprise », p. 22 ; rapp. C. CHAMPAUD, *RTD com* 1991, p. 54. V. encore, DAMIEN, « La profession libérale et l'utilisateur », in *Le défi de la profession libérale, : travaux du 45e congrès de l'Association nationale des avocats de France, Versailles 7-9 juin 1973*, Dalloz 1974, p. 99 et s.

¹⁵⁸⁸ Loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990.

¹⁵⁸⁹ V. J.-J. DAIGRE, « La SELARL unipersonnelle : légalité, intérêts et inconvénients. », *BJS* 2000 p. 255, spéc. n°1, renvoyant à J.-J. DAIGRE et D. LEPÉLTIER, *Joly Sociétés, Traité*, vo « Exercice

Les travaux préparatoires de cette réforme révèlent en effet sans équivoque que son objectif était de promouvoir une mutation des professions libérales – essentiellement judiciaires – en favorisant le regroupement des professionnels au sein de grandes structures à portée internationale, recourant massivement au salariat¹⁵⁹⁰ et à l'association des professionnels à des apporteurs de capitaux susceptibles de financer les investissements importants qu'exigent ces projets ambitieux¹⁵⁹¹. Il s'agissait ainsi indiscutablement de promouvoir l'application aux professions libérales des modes d'organisation des grandes entreprises industrielles ou commerciales constitués en groupes transnationaux. Aussi, la limitation de responsabilité que le législateur offrait alors aux professions libérales réglementées n'était bel et bien pensée que dans le cadre d'une exploitation de l'activité libérale sous la forme d'entreprise capitaliste, cadre très spécifique au sein duquel cette application répond parfaitement à ses justifications.

539. Le recours à une acception fonctionnelle de l'entreprise pour réserver le bénéfice de la limitation du risque aux seules organisations capitalistes – Ce cantonnement du bénéfice de limitation de la responsabilité aux seules entreprises libérales « capitalistiques » pourrait facilement être atteint en jouant sur la définition de la notion d'entreprise : il suffirait de considérer que celle-ci suppose un certain degré d'organisation sur le plan matériel et humain qui ferait défaut au sein des cas de figures où la profession libérale est exercée dans un cadre traditionnel.

De fait, la distinction que nous proposons d'établir ici entre ces deux manières (traditionnelle et moderne, schématiquement) d'exercice des activités libérales fait écho à une controverse relativement classique : certains auteurs soutenant que l'activité libérale sous sa forme traditionnelle ne pourrait être considérée comme une

libéral (Sociétés d') » ; rappr. R. MARTIN, note sous CA PARIS, 1^{re} ch. A, 22 janvier 1997, *JCP*, éd. G., 1997, II, n° 22971, spéc. n°4.

¹⁵⁹⁰ La promotion du salariat des professions libérales constituait l'autre versant de la réforme portée par le Garde des Sceaux, v. *JO Débats Sénat*, Séance du 7 novembre 1990, p. 3159 et s.

¹⁵⁹¹ V. not. la présentation du projet de loi faite devant le Sénat par le Garde des Sceaux (*JO Débats Sénat*, Séance du 7 novembre 1990, p. 3159 et s.), spéc. p. 3161 où il fait valoir qu'un tel projet de loi « procède de la constatation que les formules juridiques d'exercice en groupe offertes actuellement à certaines professions libérales – associations, société civile professionnelle, ne permettent pas le développement de structures plus vastes ni la constitution de réserves financières de plus en plus nécessaires pour favoriser les investissements importants exigés par l'évolution du droit ni encore la création de réseaux ou l'implantation à l'étranger ».

véritable entreprise, d'autres soutenant que l'exploitation sous forme capitaliste d'une activité libérale disqualifierait celle-ci, la rendant commerciale¹⁵⁹².

Sans se prononcer sur la valeur intrinsèque de ces thèses, il nous est possible de faire reposer avec un certain opportunisme la distinction que nous ont semblé commander les justifications du régime de responsabilité sur ces conceptions, afin de cantonner le bénéfice de limitation de responsabilité aux seules entreprises libérales au sein desquelles la mesure est susceptible d'atteindre les buts qui la justifient.

Pour cette raison, on proposera donc que soit admise la conception de Michel Despax, qui attache au degré d'organisation de l'entreprise une importance cruciale¹⁵⁹³, ce qui le conduit à considérer que l'exercice d'une profession libérale dans un cadre traditionnel, où « l'organisation dont peut s'entourer le professionnel ne joue qu'un rôle secondaire par rapport à la personnalité même de l'individu »¹⁵⁹⁴, ne constitue pas une entreprise. Selon cet auteur en effet, « dans l'entreprise le rôle de l'organisation est essentiel »¹⁵⁹⁵ et « sans organisation, l'entrepreneur n'est rien »¹⁵⁹⁶, de sorte que l'avocat, le médecin, le psychanalyste ou l'architecte, mais encore vraisemblablement, le dentiste ou le radiologue, malgré leur besoin de quelques outils de travail, ne mettent pas en œuvre de véritables entreprises tant qu'ils exercent leur profession dans un cadre traditionnel où leur personnalité prime sur les moyens matériels sur lesquels ils s'appuient.

¹⁵⁹² V. à propos de ces dernières conceptions L. LE HEN *th. cit.* p. 103 et s. et les réf. citées. Rapp. DAMIEN, « La profession libérale et l'usager », *art. cit.* On trouvera un écho de ces conceptions en jurisprudence, ainsi lorsque les tribunaux qualifient de commerciale l'activité d'une clinique médicale (v. Cass. Civ. 12 nov. 1923, S. 1925. 1. 153, note A. S. ; Cass. Com. 17 juill. 1973, *Bull. civ.* IV, n°249 ; CA Paris, 13 févr. 1964, *RTD com.* 1964. 387, obs. R. HOUIN) ou encore lorsque les tribunaux font dépendre le caractère commercial ou intellectuel de l'activité du propriétaire d'un journal selon qu'il est l'auteur de tous les articles ou qu'il recourt à des prestataires (Cass. Com. 9 nov. 1970, *Bull. civ.* IV, n° 298). Les juges considèrent cependant qu'un établissement d'enseignement privé n'exploite pas une activité commerciale (Civ. 20 avr. 1931, *DH* 1931. 314).

¹⁵⁹³ On sait que la notion d'« organisation » constitue un critère de définition courant et parfois central de l'entreprise, v. par ex. la définition retenue par J. Percerou (« Exposé introductif » in *La transmission des entreprises*, *RJ Com* numéro spécial novembre 1988, p. 15) : « ensemble de moyens techniques, financiers et humains réunis et organisés en vue de l'exercice d'une activité économique » ; rapp. Y. GUYON, *Droit des affaires*, 11^{ème} éd. *op. cit.*, n°644, p. 695 qui qualifie l'entreprise d'organisation tendant à la production. De même en jurisprudence, v. par exemple CJCE, 11 mars 1997, aff. C-13/95, *Rec. RCJCE*, p. I-1259 (ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique) ; CA Montpellier 7 mai 1987 (*Gaz. Pal.* 1988, 16 note A.D.) : « réunion de moyens matériels et humains coordonnés et organisés en vue de la réalisation d'un objectif économique déterminé ». Rapp. B. MERCADAL, « La notion d'entreprise », *art. cit.*, not. p. 11 : « il n'y a pas d'entreprise si une personne ne prend pas l'initiative d'exercer une activité économique et ne réunit pas les moyens nécessaires à l'exercice de cette activité ». Et plus généralement sur ce critère, v. T. LAMARCHE, « La notion d'entreprise », *art. cit. spéc.* n°20 et s. p. 720 et s.

¹⁵⁹⁴ M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, *op. cit.* n°30 p. 27.

¹⁵⁹⁵ M. DESPAX, *op. cit.* n°31, p. 27

¹⁵⁹⁶ *Idem.*

Inversement, si l'on prolonge le raisonnement de Michel Despax qui n'envisageait pas encore en 1956 le phénomène des entreprises libérales capitalistes, il faudrait considérer que lorsque l'activité libérale est exploitée au sein d'une organisation capitaliste, telle que décrite plus haut, de division rationalisée du travail dont les professionnels ne seraient que les rouages¹⁵⁹⁷, le phénomène pourrait alors être qualifié d'entreprise, ouvrant le bénéfice du régime de limitation du risque.

540. Rappel – une acception fonctionnelle de la notion d'entreprise au service d'une application opportune du régime qui l'emploie – Si nous suggérons ici que soit admise la conception de l'entreprise de M. Despax, ce n'est pas tant naturellement parce que nous lui accordons dans l'absolu une plus grande valeur pour l'appréhension du phénomène socio-économique d'*entreprise* – encore qu'elle semble rendre compte avec justesse de nos représentations communes de la notion¹⁵⁹⁸ – mais parce qu'elle permet de réaliser une application opportune du régime de limitation de la responsabilité, conforme à ses objectifs et à sa raison d'être¹⁵⁹⁹.

2. Contrôle et sanction de l'exigence d'entreprise

¹⁵⁹⁷ L. LE HEN, *th. cit.* p. 103

¹⁵⁹⁸ V. *contra*. L. LE HEN (*th. cit.* p. 75 et s.) pour qui au contraire, l'analyse de M. Despax est dépassée : tout professionnel libéral exploiterait selon lui une entreprise puisque « l'exercice de l'activité libérale est désormais inconcevable sans l'utilisation et la réunion de moyens appropriés, nécessaire à son développement. Cette réorganisation de l'activité libérale fait d'elle une entreprise » (*th. cit.* p. 77).

¹⁵⁹⁹ On pourrait observer enfin, au rebours de la logique que nous avons jusqu'ici tenté de mettre en lumière, que le législateur a expressément consacré la possibilité de constituer des structures d'exercice libéral unipersonnelles à risque limité (loi n° 99-515, 23 juin 1999, art. 31, *Bull. Joly Sociétés*, 1999, p. 828, § 195 ; v. B. SAINTOURENS, « La consécration des sociétés d'exercice libéral sous forme d'EURL » : *Defrénois*, 1999, art. 37067, p. 1237 ; D. VIDAL et *alii*, « L'entreprise unipersonnelle d'exercice libéral à responsabilité limitée », *Dr. sociétés, Actes pratiques*, n°47, septembre-octobre 1999). Il semble donc avoir souhaité étendre le bénéfice de limitation de responsabilité aux praticiens exerçant leur activité libérale dans un cadre individuel, ce qui paraît inexplicable si l'on se réfère aux justifications de ce régime que nous avons proposées.

La généalogie de cette mesure législative conduit cependant à en relativiser nettement la portée : en effet, elle semble avoir été adoptée essentiellement en vue d'empêcher une vague d'annulation massive de ces sortes de structures unipersonnelles qu'avaient, dans l'ambiguïté des textes, constitué les praticiens, lorsque les tribunaux ont brusquement affirmé les tenir pour invalides (v. CA PARIS, 1^{er} ch. A, 22 janvier 1997, *JCP*, éd. G, 1997, II, n° 22971 note R. MARTIN ; *Bull. Joly Sociétés*, 1997, p. 579, § 228, note J.-J. DAIGRE ; Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1999 : *JCP*, éd. E, 1999, pan., p. 1132 ; *D. Affaires*, 1999, p. 1119, obs. A. L.). C'est donc essentiellement un impératif de sécurité juridique qui préside à la consécration légale des SEL unipersonnelles, ce qui relativise quelque peu la portée du démenti que cette forme sociale apporte à notre analyse (en plus des circonstances de son admission par la voie d'un amendement à une loi visant au renforcement de l'efficacité de la procédure pénale, sous un chapitre intitulé « Dispositions relatives à l'entraide judiciaire internationale »). Rapp. not. pour la généalogie de cette mesure, J.-J. DAIGRE, « La SELARL unipersonnelle : légalité, intérêts et inconvénients. », *BJS* 2000 p. 255.

541. La délicate instauration de nouvelles conditions d'accès effectivement sanctionnées – Si au terme de ces développements il est apparu que le bénéfice de limitation de responsabilité mérite d'être réservé à ceux qui ont effectivement pour ambition l'exploitation d'une véritable entreprise et qu'il conviendrait donc d'ériger l'entreprise en condition d'accès aux régimes de SSPRL, il reste que nous avons par ailleurs observé que la législation contemporaine se caractérisait par un mouvement de suppression des conditions d'accès aux structures sociales personnifiées ou d'altération de leur rigueur ou de leurs sanctions, le plus souvent par souci de sécurité juridique. Aussi, la proposition de faire de l'entreprise une exigence nouvelle pour l'accès aux régimes de limitation des risques s'inscrit à l'évidence au rebours de la tendance législative contemporaine.

Il serait dès lors assurément vain de proposer par exemple que cette exigence d'entreprise puisse être sanctionnée par la nullité rétroactive de la structure à risque limité. En dépit des indéniables vertus d'une telle sanction, cette éventualité doit être à l'évidence exclue compte tenu tant de l'impératif de sécurité juridique auquel le législateur a manifesté son attachement, que de l'existence de la directive européenne régissant le régime et les causes de nullités des sociétés personnifiées.

La voie d'un contrôle *a priori* peut en revanche être envisagée, de même que celle d'un contrôle *a posteriori* dès lors que celui-ci n'est pas susceptible de conduire à la remise en cause de l'existence même de la personne morale, mais simplement d'affecter la limitation de responsabilité des associés.

Le contrôle préventif a pour avantage de ménager au mieux la sécurité juridique qui semble ici particulièrement chère au législateur et on relèvera qu'il est expressément autorisé par la directive européenne gouvernant la matière¹⁶⁰⁰.

542. Le contrôle *a priori* des ambitions entrepreneuriales des constituants – Dans cette perspective, il serait assez simple d'exiger de la part de ceux qui prétendent constituer une structure à risque limité qu'ils apportent au greffe du tribunal de commerce la démonstration de leur volonté d'exploiter une véritable entreprise. Déjà en charge d'un contrôle formel de l'objet social, il suffirait d'étendre un peu les prérogatives du greffe en

¹⁶⁰⁰ V. art. 10 de la directive 2017/1132 du 14 juin 2017. À propos des avantages de ce type de contrôle, v. M. MONEGER, *Le contrôle de la constitution de la société facteur de sa viabilité*

le chargeant de n'accepter la constitution d'une structure à risque limité que dans l'hypothèse où il aurait été convaincu de la sincérité de la volonté des demandeurs de développer une véritable entreprise, justifiant le bénéfice de la limitation de leur responsabilité. On pourrait naturellement douter toutefois de la compétence du greffe pour réaliser un tel examen ; il suffirait alors d'en déléguer la charge à une juridiction dans le cadre d'un recours gracieux¹⁶⁰¹, voire, à une autorité spécialement créée à cette fin ainsi que le proposait un auteur¹⁶⁰².

L'objection traditionnelle au principe du contrôle préventif tenant à l'alourdissement des formalités et au frein à l'initiative économique qu'il constituerait¹⁶⁰³ ne saurait prospérer ici dans la mesure où ceux qui entendent véritablement exploiter une entreprise doivent d'ores et déjà en pratique constituer sinon pour eux même, au moins pour leurs partenaires (investisseurs, banque, bailleurs, franchiseurs, etc.), un exposé plus ou moins détaillé de leur projet, qu'il leur suffirait donc de produire à l'autorité chargée du contrôle afin de convaincre cette dernière de la réalité de leur ambition entrepreneuriale ; le droit belge connaît d'ailleurs une exigence semblable¹⁶⁰⁴.

Sur la base de cette présentation, venant simplement expliciter l'objet social et préciser ses moyens de sa réalisation, l'autorité chargée du contrôle *a priori* sera en principe en mesure d'apprécier la réalité du projet entrepreneurial de ceux qui prétendent au bénéfice d'une structure à risque limité et n'autorisera la constitution d'une SSPRL que dans cette hypothèse. Par souci de sécurité juridique, il pourrait

initiale, th. Paris I, 1976. Rapp. également F. GORÉ, « Le contrôle de la constitution des sociétés dans le projet français de code des sociétés » *RTD com.* 1965, p. 269 et s.

¹⁶⁰¹ Rapp. à propos du contrôle *a priori*, M. MONÉGER, *th. cit.* ; G. RIPERT, *Aspects juridiques ...*, *op. cit.* 2^{ème} éd., n°49, p. 117 : « Ne vaudrait-il pas mieux contrôler préalablement la régularité de la constitution ? Si aucune administration n'a la compétence voulue pour cet examen, le pouvoir judiciaire pourrait s'en charger. Il nous faudrait des juges spécialisés dans chaque Cour d'appel ou un Office des sociétés où siègeraient des magistrats. Le contrôle préalable de la régularité existe bien à l'étranger. C'est un système bien meilleur que celui des nullités. On vérifie les machines à vapeur avant que les industriels aient le droit de s'en servir. Ne serait-il pas tout aussi utile de vérifier les machines juridiques ? ».

¹⁶⁰² V. M. MONÉGER, *Le contrôle de la constitution de l'entreprise, facteur de sa viabilité initiale*, *th. cit.*, spéc. n°457 et s., p. 559 et s. et rapp. *infra* n° 775 et s.

¹⁶⁰³ V. P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.* 7^{ème} éd. n°375 p. 267.

¹⁶⁰⁴ L'article 215 du Code des sociétés belge fait obligation aux constituant d'une SPRL (équivalent de nos SARL) de déposer à un notaire un plan financier faisant état notamment « des chiffres prévisionnels et de l'évaluation des moyens révélateurs de la pertinence et de la fiabilité du projet d'entreprise » (G. SERRA, « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1er août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? » *BJS* 2004, p. 915 et s., spéc. p. 931). Le document reste évidemment tenu secret (v. T. MASSART, « La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus », *Bull. Joly* 2008, p. 632 et s.).

être envisagé que l'appréciation de cette autorité quant à la nature entrepreneuriale de la finalité déclarée place les utilisateurs à l'abri de tout risque de contestation ultérieure tant qu'ils se conforment à l'activité décrite.

543. La nécessaire adjonction d'un contrôle curatif – Naturellement, la limite majeure du contrôle préventif est qu'il ne permet que d'apprécier les ambitions initiales déclarées des constituants et non pas l'utilisation effective de la société. Or il est bien entendu possible que, par négligence ou habileté, l'activité réelle de la structure s'écarte de celle déclarée. Aussi apparaît-il nécessaire de ménager en plus de ce contrôle *a priori*, la possibilité de contrôler, et le cas échéant de sanctionner, que l'utilisation effectivement faite de la structure correspond à celle qui fut déclarée.

En l'état du droit positif où l'objet social ne joue plus qu'un rôle dérisoire¹⁶⁰⁵, un tel phénomène de disparité entre l'objet social et l'activité réelle des sociétés est extrêmement courant. Mais si l'on veut bien convenir que la limitation de responsabilité consiste en une faveur exceptionnelle hautement dérogoire accordée en vue d'un objectif économique précis¹⁶⁰⁶, il ne paraît nullement illégitime d'encadrer strictement le champ de son bénéfice et d'exiger de la part de ses bénéficiaires le respect des déclaration qui en justifient l'octroi, en revenant, en cette hypothèse, sur le laxisme contemporain quant à l'utilisation des structures personnifiées hors de leur objet social.

Dès lors, on pourrait admettre que si les utilisateurs de ces sortes de structures bénéficient de la limitation de leur responsabilité tant qu'ils exploitent effectivement l'activité pour laquelle le bénéfice de limitation de responsabilité leur a été accordé, ils prennent en revanche le risque de s'en voir déchoir s'ils font de la structure

¹⁶⁰⁵ Loin de déterminer le champ de la capacité de la personne morale l'objet social ne joue plus dans les structure à risque limité qu'un rôle mineur, il ne gouverne plus que la responsabilité des dirigeants dans l'ordre interne de la société (v. *supra* Partie 1). V. D. RANDOUX, « La spécialisation des sociétés » in *Mélanges A. Weill*, Dalloz-Litec 1983, p. 471 et s.

Remarquons que le retour à un strict principe de spécialité a récemment été envisagé par le législateur qui, par l'ordonnance de 2016 portant réforme du droit des obligations, avait prévu de limiter la capacité des personnes morales aux actes utiles à la réalisation de leur objet statutaire ; cette disposition fut finalement retirée par la loi de ratification de 2018, v. P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.* 7^{ème} éd., n°248, p. 189).

¹⁶⁰⁶ V. *supra* Partie 1.

personnifiée une utilisation autre que celle déclarée qui ne serait pas de nature entrepreneuriale¹⁶⁰⁷.

Une telle sanction suppose à l'évidence l'existence d'un contrôle *a posteriori*, dont on sait les craintes qu'il déclenche en la matière. Il n'y a cependant aucune raison de s'en alarmer car, d'une part, l'insécurité juridique qu'il est susceptible de faire naître n'affecte nullement les tiers puisqu'il ne pourrait remettre en cause l'existence de la personne morale mais seulement la limitation de responsabilité des associés¹⁶⁰⁸. D'autre part, parce que les associés sont à l'abri d'un tel risque tant qu'ils maintiennent l'activité effective de leur structure dans les limites de leurs déclarations dès lors que, par hypothèse, le juge ne pourrait revenir *a posteriori*, sur l'appréciation de l'autorité chargée du contrôle *a priori*, quant au caractère entrepreneurial de l'activité déclarée¹⁶⁰⁹.

544. Si les modalités précises d'une telle mesure pourraient certainement être davantage détaillées, elles ne semblent soulever qu'assez peu de difficultés et sa réalisation ne doit pas être redoutée.

¹⁶⁰⁷ Il est vrai que ce sont essentiellement les dirigeants qui ont la maîtrise effective de l'activité réelle de la société, il reste qu'ils sont en principe tenus de respecter l'objet social défini par les associés. Et ils sont susceptibles de voir leur responsabilité engagée s'ils s'écartent de l'objet social. Aussi, l'adoption d'une telle mesure aura certainement pour effet de responsabiliser les associés en les conduisant à veiller de plus près à la manière dont les dirigeants gèrent les affaires sociales, et à l'activité qu'ils déploient effectivement.

¹⁶⁰⁸ Or c'est essentiellement par souci de la sécurité juridique des tiers que le législateur altère les sanctions en droit des sociétés (v. *supra* Chapitre 1).

¹⁶⁰⁹ Remarquons que les sociétés « mises en sommeil » cessant leur activité après avoir exploité un temps une véritable entreprise ne devraient logiquement plus donner droit à la limitation de responsabilité (rapp. J. PAILLUSSEAU, « L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *art. cit.*, spéc. n°127 : « sans activité, l'entreprise n'existe pas. Qu'elle disparaisse et l'entreprise disparaît »), du moins pour les dettes nées ultérieurement à cette cessation d'activité. On peut en effet penser que tout autant que, faute d'activité, « la société en sommeil ne saurait exercer les droits spécialement destinés à protéger une exploitation ou le devenir d'une exploitation commerciale » (F.-X. VINCENSINI, *op. cit.* n°261, p. 136), le bénéfice de mesures de protections exceptionnelles, spécialement conférées en vue de l'exploitation d'une activité entrepreneuriale doit cesser avec cette dernière.

Cette sorte de déchéance à raison d'un défaut d'activité n'a rien d'inédit, elle est connue par exemple du droit de la propriété industrielle qui sanctionne le défaut d'exploitation du brevet par son propriétaire par l'attribution judiciaire d'une licence obligatoire (L. 613-11 et L. 613-12 CPI).

Quant à la détermination de la date de la cessation d'activité, celle-ci ne devrait poser de grande difficultés dans la mesure où un certain nombre de textes font dorénavant obligation de déclarer la date d'une cessation d'activité (v. not. art. R123-69 du Code de commerce ; v. encore R 131-6 du Code de la sécurité sociale ; art. 201 du CGI).

V. sur cette pratique des sociétés mises en sommeil, P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques, 1978, p. 81 et s.

En effet, notre droit positif connaît d'ores et déjà en effet de nombreuses restrictions tenant au choix de la forme sociale en fonction de l'activité précisément exercée¹⁶¹⁰, ainsi lorsqu'il interdit par exemple l'exercice d'une société d'assurance, de capitalisation et d'épargne sous forme de SARL¹⁶¹¹, ou impose à l'inverse le recours à une SA pour les sociétés d'investissement¹⁶¹².

La mesure que nous proposons ici repose sur une logique absolument identique : il s'agit de réserver les SSPRL aux seules hypothèses d'exploitation d'une véritable entreprise. Elle ne devrait donc donner lieu à aucune difficulté d'application particulière.

À la marge, remarquons aussi que la mise en place d'un contrôle préventif de la réalité du projet entrepreneurial aurait pour avantage, sinon d'y mettre un terme, du moins de limiter la pratique de création en série de structures « coquilles-vides » en attente d'emploi, à laquelle se livrent certaines banques et qui sont le plus souvent rien de plus que de purs et simples instruments de fraude en sommeil¹⁶¹³.

Conclusion de chapitre

545. Au terme de ces analyses il est donc apparu que l'approche fonctionnelle des SSPRL proposée par une certaine frange de la doctrine n'était pas véritablement parvenue à s'imposer en droit positif en tant que substitut à la déclinante approche conceptuelle de la matière sous le prisme de la notion de société.

Un tel constat est assurément regrettable, la finalité d'organisation de l'entreprise constitue en effet une clé de compréhension majeure de nombreux pans de régime de ces structures et se trouve manifestement au fondement de la plupart des réformes législatives en la matière. Aussi nous est-il apparu souhaitable de donner une portée

¹⁶¹⁰ V. F. PASQUALINI, « Le choix de la forme sociale », *Mél. P. Didier*, p. 363 et s. ; D. RANDOUX, « La spécialisation des sociétés » in *Mélanges A. Weill*, Dalloz-Litec 1983, p. 471 et s.

¹⁶¹¹ V. art. L223-1 al. 4 du Code de commerce.

¹⁶¹² V. Ord. N°45-2710 du 2 nov. 1945, art. 1^{er} et 7.

¹⁶¹³ V. à ce propos not. P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », *art. cit. et spéc.* n°20, p. 91.

positive large à cette finalité entrepreneuriale qui est assurément devenue la matrice du droit des structures personnifiées.

En particulier, le régime de limitation des risques qu'offrent ces structures ne se justifie-t-il que par référence à l'entreprise. Seule la volonté politique d'inciter à la création et au financement des entreprises permet en effet d'expliquer les graves dérogations qu'un tel régime apporte aux principes les plus essentiels de notre système de droit positif. Il est particulièrement regrettable dès lors que le champ de son bénéfice ne soit pas indexé, en l'état du droit positif, sur cette notion d'entreprise pourtant au fondement exclusif de ses justifications.

Il nous est donc apparu opportun et assez facilement réalisable que l'entreprise soit érigée telle-quelle en tant que condition d'application des régimes de limitation de responsabilité portés par les SSPRL. Nous avons donc pu dans cette perspective, envisager brièvement les voies de réalisation d'une telle proposition, sur lesquelles aucun obstacle majeur n'a semblé se dresser.

TITRE 2 – LES ERREMENTS DU RÉGIME

546. Les errements que connaît le droit contemporain de la limitation de la responsabilité de l'associé n'affectent pas seulement son champ d'application. Son régime apparaît également profondément déséquilibré à de nombreux égards, et l'on peine à justifier notamment l'irresponsabilité totale à laquelle le mécanisme permet en certaines circonstances d'aboutir. La perte de vue et la disparition des logiques conceptuelles sous-jacentes, le mouvement de disqualification précédemment décrit de la notion de société couplé à l'absence de consécration de la notion d'entreprise, ne sont pas sans conséquence ici aussi : ces phénomènes concourent à la création d'un régime « hors-sol », orphelin, dont les mécanismes ne sont plus régis que par une technique aveugle. Dans ces conditions, il est aisé pour les constituants et les utilisateurs de ces instruments que sont les SSPRL de modeler sans entrave et à leur avantage le cadre d'exercice de leur activité, dans des proportions qui semblent souvent excessives (Chapitre 1). Les conséquences de cet état d'errance ne semblent pas admissibles : le système de droit positif conduit à des solutions injustifiables, même sous le prisme de l'objectif de promotion de l'entrepreneuriat qui constitue le fondement exclusif du mécanisme ; pourtant, divers moyens d'y remédier semblent à la portée du législateur (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 - LES DESEQUILIBRES DU REGIME, FACTEURS D'IRRESPONSABILITE

547. Les contraintes liées au respect de la logique structurelle des mécanismes en jeu disparaissant à mesure que cette logique elle-même se désagrège, la part de liberté dont jouissent les associés pour aménager le cadre juridique de leur activité s'accroît corrélativement. Or fort naturellement, c'est à leur avantage que les associés mettent à profit cet accroissement de liberté, organisant un régime qui limite outrancièrement les risques qu'ils supportent au détriment, notamment, des créanciers sur qui le risque d'entreprise se reporte mécaniquement.

À ce phénomène, s'ajoute une multiplication des mesures de faveur octroyées aux associés par un législateur soucieux d'inciter à l'entrepreneuriat et en quête d'un droit des sociétés attractif. L'accumulation et la combinaison de ces mesures de faveur peuvent cependant engendrer de profonds déséquilibres dont il n'est pas certain que le législateur lui-même ait pleinement conscience de l'ampleur. Aussi, la vigueur de la limitation de responsabilité dont sont susceptibles de jouir les associés apparaît, à l'analyse, excessive et vraisemblablement disproportionnée au regard des objectifs de politique économique que la mesure est censée poursuivre.

548. Afin d'illustrer ce regrettable état du droit, il conviendra de s'arrêter sur quelques uns des phénomènes en lesquels il s'incarne. Tout d'abord, il pourra être observé que le principe d'une distribution régulière des bénéfices, couplé au principe de leur acquisition définitive par leur attributaire, constitue un facteur d'une irresponsabilité totale des associés de SSPRL (Section 1). Nous verrons ensuite comment le défaut de correspondance nécessaire en droit positif entre la société et l'entreprise peut être mis à profit et instrumentalisé par les associés qui sont de ce fait susceptibles de parvenir à se ménager un régime de limitation de risque disproportionné (Section 2).

Section 1 - L'incongrue distribution définitive de bénéfices d'exercice provisoires facteur d'irresponsabilité

549. L'une des manifestations du profond déséquilibre qui affecte le régime contemporain des structures personnifiées à risque limité réside dans le principe d'une distribution régulière des bénéfices d'exercice aux associés¹⁶¹⁴ sans possibilité de rapport¹⁶¹⁵.

Alors pourtant qu'en cours de vie sociale, les résultats de l'activité ne peuvent être que provisoires, notre droit positif autorise à intervalle régulier la distribution de bénéfices d'exercice qui, une fois distribués, seront irrémédiablement acquis par les associés.

En plus de surprendre par son déséquilibre intrinsèque en ce qu'elle consiste à distribuer de manière irrémédiable des bénéfices qui sont par nature provisoires, cette mesure interpelle car elle entraîne la possibilité d'une véritable irresponsabilité des associés. Dès lors en effet que par ce biais, ces derniers se seront vus servir en cours de vie sociale un montant équivalent à celui de leur apport, la perte de celui-ci, par où est supposée se réaliser leur responsabilité, apparaîtra *in fine* avoir été compensée. Un tel phénomène revient donc ni plus ni moins à la neutralisation de la mesure de leur contribution aux pertes sociales et de leur responsabilité.

Avant de mettre en évidence le profond bouleversement de l'équilibre du régime de limitation des risques qu'est susceptible d'emporter la distribution irrévocable des

¹⁶¹⁴ À proprement parler, tous les bénéfices d'exercice ne sont pas distribuables : le bénéfice distribuable « est constitué par le bénéfice de l'exercice diminué des pertes antérieures (report déficitaire), ainsi que des sommes à porter en réserve légale ou statutaire, et augmenté du report bénéficiaire. » (P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.*, 7^{ème} éd., n°172, p. 144). Néanmoins, dans la mesure où cette nuance s'avère sans grande incidence pour les développements à venir, nous nous autoriserons par souci de clarté à utiliser l'expression de « bénéfices d'exercice » pour viser la seule portion des « bénéfices distribuables » qui en font partie.

¹⁶¹⁵ Nous entendons bien entendu cette expression dont est particulièrement familier le droit des successions dans un sens bien plus large que celui qu'il reçoit dans ce dernier (v. par ex. M. GRIMALDI, *Droit des successions*, 7^{ème} éd., Litec 2017, n°724, p.561 : « Le rapport des libéralités est une institution en vertu de laquelle un héritier doit rendre *compte* à la succession des libéralités qu'il a reçues du *de cuius* : il doit les rapporter à la masse successorale, qui, ainsi reconstituée, se partagera entre tous les héritiers à proportion de la vocation héréditaire de chacun », et pour le rapport des dettes, v. n°980, p. 759 ; rapp. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} éd., *op. cit.*, entrée « Rapport » : « opération consistant à reconstituer en nature ou en valeur un ensemble de biens à liquider et à partager ou à réaliser »).

bénéfices d'exercice en cours de vie sociale (Sous-section 2), il convient de remarquer ce que ce phénomène a, en son principe, de structurellement déséquilibré et d'illogique, et qu'il ne s'explique que par une fiction commandée par ce seul objectif de faveur à l'entrepreneuriat (Sous section 1).

Sous section 1 - L'incongruité d'un système de faveur

550. Bien que l'on s'accorde généralement sur le fait que le solde d'une activité ne puisse s'établir qu'à son terme et que les résultats arrêtés en cours de vie sociale ne sont que des appréciations provisoires, fluctuant au gré des aléas du calendrier comptable, notre droit positif érige en principe la pratique d'une distribution régulière des bénéfices d'exercice (§1) et confère à cette distribution un caractère irrévocable en faisant le choix de ne pas imposer le rapport des sommes qui s'avèreraient *in fine* avoir été indument distribuées (§2).

§1. Le principe d'une distribution des bénéfices sociaux en cours d'activité

551. Parce que les résultats d'exercice ne sont par nature que provisoires et relatifs puisqu'ils sont établis alors que se poursuit l'exploitation de l'activité sociale, il apparaît bien curieux que leur prise en compte puisse commander une distribution aux associés du solde qu'ils font apparaître.

Si le juriste contemporain s'est toutefois accoutumé à cette pratique qu'il tient le plus souvent pour toute naturelle sinon nécessaire, son analyse révèle un mécanisme profondément incongru, construit sur la base d'une fiction (B) ; ce n'est d'ailleurs que relativement récemment que – non sans peine – elle s'est imposée (A).

A. La distribution régulière des bénéfices d'exercice, une pratique contemporaine dépourvue de nécessité

552. La place de ce principe dans les conceptions contemporaines – Si le principe d'une distribution régulière des bénéfices dégagés par la société au fur et à mesure qu'elle poursuit son activité dans le temps relève pour le juriste contemporain de l'évidence sinon de la nécessité et, qu'en ce sens, les tribunaux n'hésitent pas à juger parfois qu' « il est de l'essence même du contrat de société que les bénéfices (...) soient répartis périodiquement »¹⁶¹⁶ – opinion que semble partager une bonne partie de la doctrine¹⁶¹⁷ –, cette conception n'a pas toujours triomphé avec autant de force.

553. Une pratique relativement récente – Longtemps au contraire, l'usage semble avoir été que la répartition et l'évaluation des éventuels bénéfices ne se fassent qu'au terme de la société¹⁶¹⁸ : ce n'est qu'avec l'émergence des grandes compagnies de longue durée que, au cours du XVII^{ème} siècle, s'amorça un mouvement d'érosion de cet usage à raison de la patience que l'application rigoureuse de ce dernier aurait demandé aux investisseurs¹⁶¹⁹. En règle générale toutefois, « la brièveté semble avoir caractérisé la vie des sociétés au moins jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, et sans doute jusqu'au début du XX^{ème} siècle », de sorte que « dans un tel contexte, il [était] tout à fait supportable pour les associés que le partage du bénéfice ait lieu au moment de la liquidation »¹⁶²⁰. Le principe d'une distribution régulière des bénéfices d'exercice apparaît donc relativement récemment et l'Histoire semble donc largement démentir le caractère prétendument essentiel de cet usage.

¹⁶¹⁶ CA Paris, 3^{ème} Ch. 28 fév. 1959, *JCP* 1959 II, 11175, obs. D. BASTIAN ; *S.* 1959, jur., 134, note A. DALSADE ; *D.* 1959, p. 353, note E.N. MARTINE ; *RTD com.* 1960, p. 99, obs. J. RAULT. Rappr. Cass. civ. 3^{ème}, 12 novembre 2015 n°14-23716.

¹⁶¹⁷ V. par exemple M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.* 32^{ème} éd., n°1103, p. 455 : « serait nulle la clause qui interdirait, pendant toute la durée de la société, toute distribution de bénéfices, car elle contredirait la vocation même de la société, qui est le partage des profits » ; l'affirmation surprend par son caractère péremptoire car de prime abord, il ne tombe pas sous le sens d'assimiler un défaut de distribution de bénéfices en cours de vie sociale, et un défaut de distribution de bénéfices « tout court » : si les bénéfices ne sont pas distribués en cours de vie sociale, ils peuvent naturellement être distribués au terme de la société, hypothèse qui se concilie parfaitement avec « la vocation même de la société, qui est le partage des profits ». V. plus généralement sur cette question Th. MASSART, « La société sans dividende », in *Mél. M. Germain*, L.G.D.J., LexisNexis, Lextenso, 2015, p. 525 et s. et les références citées, spéc. p. 526-527.

¹⁶¹⁸ V. J. HILAIRE, Introduction historique au droit commercial, *op. cit.*, p. 198 et s.

¹⁶¹⁹ J. HILAIRE, *ibid.*, spéc. p. 199. V. également sur ce point, H. LEVY-BRUHL, Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècle, *op. cit.* p. 128 et s. et spéc. p. 173.

¹⁶²⁰ D. COCHET, *Le droit aux bénéfices des associés*, th. Paris II, 2002, n°42, p. 31.

554. Une pratique initialement controversée – La question même de la validité d'une distribution des bénéfices en cours de vie sociale semble avoir été, en son principe, l'objet de vigoureuses controverses doctrinales jusqu'à la fin du XVIII^{ème} siècle¹⁶²¹ ; indice supplémentaire que cette solution ne s'impose peut-être pas avec la force de l'évidence et de la nécessité qu'on lui reconnaît aujourd'hui. Et si l'opinion favorable à la validité de la distribution régulière des bénéfices d'exercice sortit finalement victorieuse de cette controverse, la portée de cette victoire doit être tempérée : elle s'inscrit en effet dans un contexte où la limitation de responsabilité de l'associé était un phénomène encore extraordinaire ou marginal. Or, comme nous le verrons plus loin, c'est dans le cadre des structures à risque limité que le mécanisme de distribution régulière des bénéfices produit les conséquences les plus graves et les plus difficiles à accepter en ce qu'il emporte la soustraction des richesses distribuées à l'assiette du gage des créanciers sociaux¹⁶²².

B. Une fiction au service d'une pratique illogique

555. Si la solution d'une distribution régulière des bénéfices d'exercice s'impose aujourd'hui en droit positif malgré son illogisme flagrant (1), c'est une fois de plus et avant tout pour des considérations de politique économique tenant à l'incitation à l'entrepreneuriat – et dont la pertinence ne s'impose pas d'ailleurs avec évidence (2).

¹⁶²¹ V. H. LEVY-BRUHL, *Histoire juridique...* op. cit. p. 128 et s.

¹⁶²² V. *infra* Sous-section 2, n°578 et s.

1. L'illogisme structurel de la pratique de distribution des bénéfices d'exercice

556. Le caractère provisoire du solde d'activité jusqu'au terme de celle-ci – En son principe, la distribution régulière et en cours de vie sociale des bénéfices d'exercice heurte la logique sur laquelle repose la construction des structures personnifiées. La raison principale en est que « le bénéfice synonyme du gain réalisé par les associés par le biais du contrat de société, ne peut être connu avec certitude, et donc appréhendé par les associés qu'au terme du contrat »¹⁶²³ ; en d'autres termes, que « théoriquement, la question de savoir si une société a réalisé des bénéfices ou si elle est en perte ne pourrait être résolue qu'à la dissolution »¹⁶²⁴. Aussi, en bonne logique, le solde bénéficiaire d'une activité en cours d'exploitation qui, en l'état du droit positif, justifie la distribution de l'excédent de richesse qu'il fait apparaître aux associés¹⁶²⁵, ne rend compte que qu'un état comptable provisoire, susceptible d'être bouleversé du jour au lendemain.

De manière quasi unanime, la doctrine semble reconnaître ce caractère fictionnel¹⁶²⁶, ou du moins provisoire, de ces bénéfices d'exercice¹⁶²⁷. Tant que dure l'activité en effet, les dettes, les créances et les richesses sont en constante évolution ; elles ont vocation à se succéder et à se compenser mutuellement dans un flux continu, de sorte que le solde – positif ou négatif – de l'activité ne cessera d'évoluer jusqu'à son terme. « L'état de la société peut se modifier sans cesse et en sens divers, par cela même qu'aujourd'hui en perte le fonds social peut demain, à la suite d'une opération heureuse, se retrouver notablement augmenté » écrivait par exemple Pont¹⁶²⁸. De sorte que, ainsi que l'explique encore M. Barrillon, « pour déterminer si la somme des apports a subi un amoindrissement, il est indispensable de se placer en fin de vie sociale puisque le montant des capitaux propres évolue nécessairement, à la hausse ou

¹⁶²³ D. COCHET, *th. cit.* §722, rappr. encore, n°40, p. 30 : « il est de l'essence du bénéfice d'être mesuré sur la durée du contrat de société. (...) Le bénéfice n'est calculé et n'existe qu'à l'issue de la vie sociale.

¹⁶²⁴ P. PIC et J. KREHER *Des sociétés commerciales*, t.1, 3^{ème} éd., Rousseau, 1940, §51 p. 62.

¹⁶²⁵ L'article L. 232-11 du Code de commerce définit le bénéfice distribuable comme étant « constitué par le bénéfice de l'exercice, diminué des pertes antérieures, ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts, et augmenté du report bénéficiaire ».

¹⁶²⁶ D. COCHET, *th. cit.*, spéc. n°47 et s., p. 35 et s et n°67 et s., n°46 et s.

¹⁶²⁷ V. cependant *contra* C. CYRILLE, *La vocation aux bénéfices et la contribution aux pertes de l'associé*, th. Bordeaux, 2009, not. p. 180, n°276, et pour une critique du raisonnement de cet auteur, C. BARRILLON, *Le critère de la qualité d'associé*, PUAUF, 2017, préf. M.-L. COQUELET, n°591, p. 379 et s.

¹⁶²⁸ Explication du Code Napoléon, Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales, t. VII, op cit., p.83, n°73.

à la baisse pendant cette période »¹⁶²⁹. Et il en résulte que « tant que dure l'activité sociale, ni la perte, ni le bénéfice ne peuvent être constatés »¹⁶³⁰. Aussi, ériger ces résultats provisoires, arrêtés arbitrairement à un instant « t », en condition de déclenchement d'un effet juridique conduit à subordonner le déclenchement de ce dernier aux seuls aléas du calendrier comptable. Telle est la raison pour laquelle doctrine et jurisprudence manifestèrent de sérieuses réticences à l'endroit de cette pratique jusqu'à une époque récente¹⁶³¹.

557. L'unité de fait générateur des pertes et profits arbitrairement rompue – À cette instabilité consubstantielle à la poursuite de l'activité sociale s'ajoute le fait que les dettes et les créances qui se rapportent au patrimoine de la société et d'où procéderont l'essentiel des pertes et des bénéfices de son bilan sont en principe unies par un même fait générateur qu'est l'exploitation de l'activité sociale¹⁶³². C'est par exemple souvent au prix de nécessaires investissements coûteux et de périodes de fonctionnement déficitaires en début d'activité que pourront se réaliser les bénéfices attendus à plus long terme ; ces bénéfices futurs trouvant ainsi leur condition d'existence dans les pertes d'exercice du passé. Aussi, les gains et les pertes de l'activité, les créances et les dettes qu'elle engendre, apparaissent en principe, en raison de leur connexité qui tient à ce qu'ils se rapportent à la poursuite de l'activité sociale, unis entre eux par un lien de cause à effet qui les rend indissociables, quand bien même leur réalisation respective s'échelonne dans le temps. Pour cette raison, ce ne peut être qu'au terme de l'activité, lorsque par hypothèse chacun des événements que son exploitation aura impliqués se sera réalisés, que le solde d'activité pourra être établi.

¹⁶²⁹ C. BARRILLON, *Le critère de la qualité d'associé*, op. cit., n° 587 p. 376.

¹⁶³⁰ C. BARRILLON *ibid.* ; et v. encore en ce sens F. ARTHUYS, *Traité des sociétés commerciales*, t. I, 3^{ème} éd., Sirey 1916, p. 83, n°73 : « Rigoureusement ce doit être à la dissolution de la société lorsque toutes les opérations ont pris fin ; c'est à ce moment que l'on connaît exactement l'actif et le passif, car ils subiront d'incessantes variations par suite des bonnes et des mauvaises années » ; v. encore P. CARCREFF, « Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes », *Gaz. Pal.* 1976, 1, p. 145 et s., spéc. p. 147 : « lorsque l'on parle des bénéfices ou des pertes d'une société, c'est généralement aux résultats d'un exercice donné tels qu'ils apparaissent au bilan que l'on pense. Cette habitude de pensée est cause d'erreur car les bénéfices ou les pertes d'un exercice ont toujours un caractère provisoire étant donné qu'un résultat en sens contraire au cours d'un exercice ultérieur peut les faire disparaître ». V. encore P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Les sociétés commerciales*, op. cit. n°188, p. 169 ; A. FREMERY, *Études de droit commercial* ; Alex-Gobelet, 1833, spéc. p. 53 et s.

¹⁶³¹ V. *supra* n° 554.

¹⁶³² En vertu du principe de spécialité (qui implique en principe que « la personne morale en cause et ses représentants ont en principe tous pouvoirs pour agir dans les limites de cet objet [légal et statutaire], mais qu'ils ne peuvent aller au delà » : P. LE CANNU, B. DONDERO, op. cit. 7^{ème} éd., p. 189, n°248). V. *supra* n° 80 et s.

À envisager ainsi le cas de figure d'une activité qui consisterait en l'importation de chemises en vue de leur revente, il apparaît que selon que l'on se situe au moment où l'entrepreneur vient d'acquérir son stock de chemises et qu'il s'est acquitté des frais nécessaires à leur importation (et où le solde de l'activité apparaîtra par hypothèse déficitaire à raison de la dépense à ce stade non compensée), ou au moment où il vient de revendre ses chemises (le solde sera ici excédentaire à raison par hypothèse de la supériorité des sommes perçues en contrepartie des chemises sur leur coût d'acquisition et de commercialisation), ou encore au moment où l'entrepreneur est condamné au paiement de diverses sommes à ses clients en raison des défauts avérés de ses chemises (solde déficitaire), le solde de l'activité oscillera, pour des montants divers, alors que les dettes et des créances au gré desquelles le solde de l'activité fluctue semblent inextricablement mêlées les unes aux autres, et que les pertes et les bénéfiques qui se réalisent et apparaissent à des moments divers, trouvent donc de manière plus ou moins directe leur cause dans les mêmes événements ou faits générateurs.

On comprend donc l'arbitraire qu'il y aurait dans le choix de l'une plutôt que de l'autre de ces différentes étapes de la vie de l'activité en tant que moment de référence pour l'établissement de son solde, et ce qu'il y a d'artificiel et d'illogique à isoler l'une de ces étapes des suivantes qui en sont les conséquences directes et qu'elle porte en germe pour faire produire à cette étape singulière et isolée des effets de droit irrévocables.

Le solde de l'activité établi dans ces conditions, en cours de vie sociale, apparaît ainsi nettement affecté de relativité et l'on perçoit, partant, combien il est impérieux de ne pas le tenir pour autre chose qu'une donnée strictement provisoire¹⁶³³.

558. Le report bien compris de la contribution aux pertes au terme de la société –
C'est pour cette raison d'évidence, tenant au caractère provisoire du bilan de l'activité tant que cette dernière est menée, que notre droit repousse au terme de la société le moment de

¹⁶³³ Rapp. F.-X. LUCAS, note sous CA Versailles, 1^{ère} ch. A, 7 sept. 2000, *Bull. Joly* 2000 § 290, p. 1175 et s., spéc. p. 1180 ; « les documents comptables arrêtés au jour de la clôture de l'exercice représentent une photographie de la situation patrimoniale de la société prise à un instant « t » qui peut avoir varié quelques jours plus tard ».

la contribution aux pertes des associés¹⁶³⁴ car ce n'est qu'alors que « les pertes comptables deviennent des pertes sociales »¹⁶³⁵.

Mais cette solution logique valable pour les pertes n'a pas son pendant en matière de bénéfices où notre droit positif consacre – parfois même au titre de nécessité¹⁶³⁶ – le principe d'une distribution régulière en cours de vie sociale.

Cette solution « paradoxale »¹⁶³⁷ confère donc de surcroît à l'architecture des structures personnifiées un caractère asymétrique et déséquilibré, en ce qu'elle laisse s'échapper les profits à mesure qu'ils naissent tout en retenant les pertes.

Et il est d'ailleurs assez étonnant de constater qu'alors que la raison du report de la contribution aux pertes au terme de la société semble parfaitement compris et ne pas faire l'objet de critique, la doctrine traditionnelle se montrant prompte à en fonder la justification sur le caractère provisoire de ces « pertes d'exercice »¹⁶³⁸, le

¹⁶³⁴ V. C. BARRILLON, *op. cit.*, n°585 et s p 375 et s. not. p. 377 : « il ne peut y avoir, du point de vue juridique, de véritables pertes sociales auxquelles un associé soit tenu de contribuer, que si le capital est réellement entamé, ce qui ne peut s'apprécier à l'occasion de chaque exercice annuel, mais seulement en cas de liquidation de la société. Il n'est pas possible de dégager une notion de perte sociale sur un seul exercice annuel s'il n'a pas été établi que le capital de la société a été entamé (...) » 1600. Pour que l'existence d'une perte puisse être établie, il est en effet nécessaire que le cours de l'activité sociale cesse de manière définitive ». V. aussi F.-X. LUCAS, « Théorie des bénéfices et des pertes », *J.-Cl. Sociétés Traité*, fasc. 15-10, n°16 « comme l'a souligné un jugement du tribunal de commerce de Vannes, il ne peut y avoir, du point de vue juridique, de "véritables pertes sociales" auxquelles un associé soit tenu de contribuer, que si le capital est réellement entamé, ce qui ne peut s'apprécier à l'occasion de chaque exercice annuel mais seulement en cas de liquidation de la société (...). Les pertes annuelles demeurent normalement à la charge de la société tant qu'elle peut les supporter ; il en résulte une diminution du patrimoine social, donc de la valeur des parts sociales (T. com. Vannes, 27 avr. 1973, Hervé c/ Reto, *Gaz. Pal.* 1973, 2, p. 610). En effet, il n'y a à proprement parler de pertes sociales auxquelles l'associé est tenu de contribuer qu'au jour de la liquidation de la société ». Rapp. encore P. . CARCREFF, « Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes », *précité*.

¹⁶³⁵ CA Dijon, 11 mai 2004, *Dr. sociétés* 2004, comm. 166, obs. F.-X. LUCAS ; C. BARRILLON, *op. cit.* n°589, p. 378. V. cependant pour une solution hétérodoxe CA Versailles, 7 sept. 2000, *BJS* 2000, 1175, n°290 note F. X. LUCAS ; et admettant la validité d'une clause prévoyant la contribution aux pertes sociales de manière périodique, v. not. Cass. com. 3 mars 1975, *Rev. sociétés* 1975, p. 454, note D. RANDOUX ; Cass. com. 5 mai 2009, n°08-13.304, *BRDA*, n°10-2009, p.3.

¹⁶³⁶ V. CA Paris, 3^{ème} Ch. 28 fév. 1959, *précité* et Cass. civ. 3^{ème}, 12 novembre 2015 n°14-23716 *précité*.

¹⁶³⁷ Rapp. D. COCHET, *th. cit.* n°43, p. 32 : « il est en effet paradoxal de procéder à une distribution de profit aux associés alors que le succès de l'activité commune, et donc le gain, ne peut être certain qu'à l'issue de la vie sociale ».

¹⁶³⁸ V. par exemple, F. KENDERIAN, « La contribution aux pertes sociales », *Revue des sociétés* 2002 p.617, spéc. n°14 : « En revanche, ces derniers ne peuvent, en principe, être appelés à contribuer aux pertes comptables qui "correspondent au déficit, lequel exprime l'excédent des charges supportées par la société sur les produits réalisés par elle au cours d'un exercice donné (l'exercice comptable est la période de douze mois servant de référence au calcul des résultats ; ce n'est pas nécessairement l'année civile)". La raison en est que ces pertes ont toujours un caractère provisoire étant donné qu'un résultat en sens contraire au cours d'un exercice ultérieur peut les faire disparaître. En effet, "les documents comptables arrêtés au jour de la clôture de l'exercice représentent une photographie de la situation patrimoniale de la société prise à un instant « t » qui peut avoir varié quelques jours plus tard". Par conséquent, les pertes comptables n'ont pas, dans l'immédiat, à être supportées par les associés au titre de leur obligation de contribution et le même raisonnement s'applique en matière de régimes matrimoniaux » ; v. encore C. BARRILLON, *op. cit.*, n°575 et s., p 370 et s. ; ou encore P. CARCREFF, « La notion de pertes sociales et l'obligation pour les associés d'y contribuer », *Gaz. Pal.* 1973, 2, Doctr. p. 569 et s.

raisonnement n'est que bien plus rarement transposé sur le versant positif des résultats sociaux que sont les bénéfices¹⁶³⁹.

559. Remarquons accessoirement aussi que cette distribution régulière des bénéfices d'exercice conduit à fausser le résultat final de l'activité car, du fait de leur distribution définitive, les bénéfices des exercices passés ne pourront absorber les résultats déficitaires apparaissant au cours des exercices postérieurs à leur distribution. S'il n'avait pas été distribué, l'excédent bénéficiaire se serait ainsi compensé avec un déficit d'exercice ultérieur et aurait ainsi atténué ou neutralisé ces pertes ultérieures. Cette distribution des bénéfices d'exercice conduit donc à fausser les résultats comptables de l'activité en faisant apparaître d'artificielles pertes sociales ou en en accroissant artificiellement le montant. L'incidence n'est naturellement pas que comptable puisque le phénomène peut notamment avoir pour conséquence de déclencher la faillite de la société qui, sans la distribution des bénéfices d'exercice, ne connaîtrait pas l'état déficitaire qui emporte l'ouverture de sa procédure collective¹⁶⁴⁰

560. La désaffectation des richesses de l'entreprise et l'atteinte à l'autonomie de la personne morale – Cette incongruité première, qui réside donc dans le déclenchement de cet effet irréversible¹⁶⁴¹ qu'est la distribution des richesses de la société que commande un résultat provisoire arrêté au hasard du calendrier comptable, emporte par ailleurs la mise en porte-à-faux du phénomène avec la logique de la personnification. Il convient de le relever même si bien entendu, les exigences techniques du mécanisme ne sauraient constituer, à elle seules, un obstacle indépassable¹⁶⁴².

À suivre les enseignements de la doctrine moderne de la personnalité morale, cette dernière se caractérise en effet on l'a vu, par l'affectation et l'autonomisation de biens à une certaine activité¹⁶⁴³. Or à l'évidence, cette possibilité d'extraire du patrimoine social les surplus de richesses de la société au fur et à mesure de leur apparition emporte la désaffectation des richesses en question à l'activité qui les a fait

¹⁶³⁹ V. cependant, M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.* 32^{ème} éd., n°248, p. 89, qui font état de l'absence de symétrie du droit positif. V. aussi P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Les sociétés commerciales, op. cit.* n°188, p. 169.

¹⁶⁴⁰ Rapp. *infra* n°580 et s.

¹⁶⁴¹ Sur ce caractère, v. *infra* n°564 et s.

¹⁶⁴² V. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁶⁴³ V. not. J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *art. cit.*, et v. plus généralement Partie 1.

naître tandis que l'on pourrait s'attendre à ce que, suivant la loi de l'accessoire, elles empruntent les caractères des biens qui ont permis leur réalisation et grossissent ainsi les rangs des outils de réalisations de l'objet social¹⁶⁴⁴. Bien sûr, tel est ce qui se produit dans un premier temps, les richesses correspondant aux bénéfices d'exercice étant tout d'abord rattachées au patrimoine social et ce n'est en principe qu'à la suite d'une décision d'assemblée générale que leur distribution aux associés interviendra. Il reste que le phénomène écorche assez manifestement le principe de l'autonomisation de l'activité qu'est supposée emporter la personnification puisqu'il traduit l'asservissement de la structure aux intérêts des associés et le pouvoir de ces derniers à « puiser » dans les richesses qui sont supposées appartenir à la structure personnalisée et réputées, de ce fait, affectées à son activité¹⁶⁴⁵.

¹⁶⁴⁴ Rappr. DELANGLE, *op. cit.*, t. 1, p. 323, n°346 : « Suivant les règles du droit civil, les bénéfices n'étant qu'un accessoire du capital participent de sa nature » ; et comp. en matière d'indivision : art. 815-10 du Code civil, appliquant simplement l'adage *fructus augent hereditatem*.

¹⁶⁴⁵ Rappr. F. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision. Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de sociétés civiles et de personnalité morale*, préf. J. PATARIN, LGDJ, 1968, p. 436 et s., spéc. p. 437 : « Selon la doctrine traditionnelle, l'apport est rémunéré par la distribution aux associés des bénéfices réalisés pendant la vie sociale. Les bénéfices font partie du patrimoine de la société, et les associés ont seulement un droit de créance contre la société. Mais la participation aux bénéfices est autre chose que le service d'intérêts assuré à un prêteur de somme d'argent. L'associé n'est pas un obligataire. S'il a droit aux bénéfices, c'est parce qu'ils représentent les fruits des biens sociaux. La répartition de ces fruits pendant la vie sociale marque que le patrimoine de la société n'est pas complètement isolé des patrimoines des associés. (...) est-il autonome ce patrimoine qui ne recueille ni fruits ni plus-values ? ».

2. L'objectif d'incitation à l'entrepreneuriat pour justification de ce déséquilibre

561. Les justifications de politique économique de cette fiction – Si néanmoins notre droit positif a fait le choix de ce principe qui semble pourtant heurter à de nombreux égards la logique du mécanisme auquel il appartient, c'est pour d'évidentes raisons tenant une fois de plus à l'objectif de favoriser l'entrepreneuriat. En effet, « personne ne consentirait à laisser pendant un temps peut-être très long ses capitaux improductifs »¹⁶⁴⁶, et c'est pour cela qu'il a fallu – initialement dans le cadre de la commandite¹⁶⁴⁷ – accepter la rémunération des apporteurs de fonds à terme régulier, afin de s'assurer de leur précieuse participation aux entreprises¹⁶⁴⁸.

562. La relativité des fondements de ces justifications – Au vrai, on pourrait remarquer que ces postulats paraissent à certains égards démentis par le modèle de gestion des « *start up* » consistant à ne pas, ou très peu, distribuer de dividendes¹⁶⁴⁹. D'ailleurs, nombre des sociétés parmi celles dont les titres suscitent aujourd'hui le plus l'engouement des investisseurs ou qui peuvent sembler emblématiques de l'organisation contemporaine de l'entreprise, pratiquent ouvertement une politique d'autofinancement et de mise en réserve systématique sur de très longues périodes. Il en va par exemple ainsi de Google, d'Apple¹⁶⁵⁰, de Microsoft¹⁶⁵¹, ou encore de Facebook – cette dernière n'ayant jamais, depuis sa création, versé de dividendes à ses actionnaires¹⁶⁵² – et cette pratique n'est naturellement aucunement circonscrite aux seules sociétés du secteur numérique¹⁶⁵³.

¹⁶⁴⁶ F. ARTHUYS, *Traité des sociétés commerciales* 1906, §72 s. p.68.

¹⁶⁴⁷ V. *supra* n° 180 et s.

¹⁶⁴⁸ V. G. RIPERT, P. DURAND et R. ROBLOT, *Droit commercial*, 4^{ème} éd., n°683, p. 347 ; J. HAMEL et G. LAGARDE, *Droit commercial, op. cit.*, I, n°468 ; D. BASTIAN, obs. sous CA Paris, 3^{ème} Ch. 28 fév. 1959, *JCP* 1959 II, 11175 ; D. COCHET §713 et s.; rapp. encore P. PIC et J. KREHER, *Des sociétés commerciales*, 3^{ème} éd., Rousseau, t.1, 1940 ; encore, J.-C. VAN HORNE, *Principes de gestion financière*, Economica, 6^{ème} éd., 1991, p. 15 : « peu d'actionnaires actuels envisageraient avec faveur un projet qui ne commencerait à rapporter que dans cent ans, quelle que soit l'ampleur des bénéfices ».

¹⁶⁴⁹ T. MASSART, « La société sans dividende », in *Mélanges M. Germain*, Lexis-Nexis, LGDJ, 2015, p. 525 et s., spéc. p. 525.

¹⁶⁵⁰ Apple n'a ainsi jamais versé de dividendes avant 2012, soit dix-sept ans après sa création ; v. « Apple va verser des dividendes à ses actionnaires », *Le Monde.fr* du 19 mars 2012 : https://www.lemonde.fr/technologies/article/2012/03/19/apple-va-verser-des-dividendes-a-ses-actionnaires_1672208_651865.html).

¹⁶⁵¹ V. T. MASSART, « La société sans dividende », *art. cit.*, spéc. p. 525.

¹⁶⁵² P. VERNIMMEN, P. QUIRY, Y. LE FUR, *Finance d'entreprise*, Dalloz, 2018, n°38.17, p.804.

¹⁶⁵³ T. MASSART, « La société sans dividende », *art. cit.*, spéc. p. 526 qui évoque encore notamment l'exemple de J.C. Decaux et qui fait état de la faible tendance des petites et moyennes entreprises à

L'idée selon laquelle le versement de dividendes serait nécessaire pour attirer les investisseurs, car tel serait le biais de leur rémunération, ne tient sans doute pas suffisamment compte de l'enrichissement que l'actionnaire enregistre grâce à la plus-value de ses titres et qu'entraîne notamment l'accroissement des capitaux propres de la société via la mise en réserve des bénéfices¹⁶⁵⁴. En effet, « sur les marchés à l'équilibre, la distribution n'a aucun impact sur le patrimoine de l'actionnaire et celui-ci est indifférent entre recevoir un euro en dividende ou un euro en plus-value »¹⁶⁵⁵. De sorte que dans ce cadre, certes idéal mais qui n'est néanmoins pas sans écho dans le monde économique réel¹⁶⁵⁶, on peut estimer que « le dividende n'est donc pas une rémunération ou un enrichissement de l'actionnaire, mais une simple modification de la composition de son patrimoine, comme un transfert de sa poche gauche à sa poche droite »¹⁶⁵⁷.

563. Quoiqu'il en soit et quel que soit finalement le bien fondé des mobiles qui ont conduit à l'adoption du principe de validité de la distribution des bénéfices d'exercice¹⁶⁵⁸, il nous importe surtout de retenir que cette solution fondée sur une fiction emporte un déséquilibre structurel du mécanisme des structures personnifiées lequel apparaît bien plus marqué, et se fait bien plus difficile à admettre lorsque l'on combine ce phénomène avec la mesure de limitation de responsabilité des associés, ainsi qu'avec le caractère irrépétible des dividendes distribués.

§2. Le caractère irrépétible des sommes distribuées

distribuer des dividendes ; v. A. AMER-YAHIA, *Le régime juridique des dividendes*, L'Harmattan, 2010, n°13, p. 25.

¹⁶⁵⁴ V. T. MASSART, « La société sans dividende », *art. cit.* spéc. p. 529 et s.

¹⁶⁵⁵ P. VERNIMMEN, P. QUIRY, Y. LE FUR, *op. cit.*, n°38.17, p. 803.

¹⁶⁵⁶ V. l'exemple de l'ajustement du cours de l'action Gamesa suite à un versement de dividende le 7 avril 2017 rapporté par P. VERNIMMEN, P. QUIRY, Y. LE FUR, *op. cit.*, n°38.17, p. 803-804 ; rapp. néanmoins, P. SUDREAU (dir.), *Rapport du comité de réforme de l'entreprise*, éd. 10-18, 1975, p. 127 et s.

¹⁶⁵⁷ P. VERNIMMEN, P. QUIRY, Y. LE FUR, *op. cit.*, n°38.17, p. 804. Rapp. sur cette question, P. SUDREAU *ibid*, encore T. MASSART, « La société sans dividende », *art. cit.*, spéc. p. 529-531.

¹⁶⁵⁸ Il ne nous appartient pas de trancher ici un débat d'ordre essentiellement économique qui dépasse largement le cadre de cette étude.

564. Dans le cadre des structures à risque limité, le caractère définitif et irrévocable de la distribution des bénéfices d'exercice – sans que les associés ne puissent donc être tenus à leur rapport dans l'hypothèse où le solde de l'activité s'avérerait déficitaire – semble heurter la logique la plus élémentaire (A). Cette solution de faveur aux associés se justifie néanmoins une fois encore par cet impératif d'attirer aux entreprises les investisseurs et leurs deniers (B).

A. Le triomphe d'une solution illogique

565. Le déséquilibre que nous évoquions, et qui procède de cette distribution asymétrique du solde provisoire de l'activité lorsqu'il apparaît positif en cours d'exercice, prend une toute autre ampleur lorsque ce mécanisme est combiné à deux autres facteurs que sont, d'une part, la limitation de responsabilité de l'associé et, d'autre part, le caractère irrépétible de ces bénéfices perçus.

566. **L'appréhension définitive de bénéfices pourtant provisoires** – En effet, puisque ces bénéfices d'exercice ne sont par essence que le reflet d'un résultat provisoire, on aurait pu s'attendre à ce que leur appréhension par les associés soit de même nature. Aussi, que si pour des raisons de commodité, il est admis que les associés se voient distribuer les richesses que la société paraît avoir créées en cours de vie sociale, ceux-ci restent tenus de rapporter les sommes ainsi perçues dans l'hypothèse où, une fois le solde définitif de l'activité arrêté, ce dernier s'avérerait en réalité déficitaire.

Il ne s'agirait là que de tirer les conséquences du caractère provisoire du « bénéfice d'exercice », que nul ou presque¹⁶⁵⁹ ne conteste en son principe, et de concilier partant cette nécessité théorique avec les « besoins de la pratique » en acceptant certes la distribution des richesses produites, mais à titre seulement provisoire en en subordonnant donc l'appropriation définitive à la réalité du solde bénéficiaire de la société, lequel ne peut être constaté qu'au terme de celle-ci.

Il s'agirait autrement dit de considérer les sommes distribuées en cours d'exercice comme des avances sur un bénéfice d'activité qui n'est que présumé en cours de vie

¹⁶⁵⁹ V. cependant *contra*, C. CYRILLE, *La vocation aux bénéfices et la contribution aux pertes de l'associé*, th. Bordeaux, 2009 p 180, n°276), et pour une critique de cette opinion, v. C. BARRILLON, *op. cit.* n°591, p. 379 et s.

sociale¹⁶⁶⁰, et d'en déduire partant que si cette projection sur la foi de laquelle les dividendes furent distribués s'avère ne pas correspondre à la réalité du solde d'activité une fois celui-ci définitivement établi, il faille défaire ce qui fut fait sur la base d'une croyance erronée en imposant le rapport des sommes qui se révèlent avoir été indument distribuées¹⁶⁶¹.

Si une telle solution peut sembler hérétique au juriste contemporain, elle a pu prévaloir par le passé, et il fut un temps où s'affirmait couramment l'opinion que « si des bénéfices ou des fruits ont été remis au commanditaire, ce n'est, à proprement parler, qu'un dépôt dont il reste comptable, jusqu'à ce que la liquidation, en constatant l'excédent d'actif sur le passif, confirme dans sa main l'excédent des sommes qu'il a reçues »¹⁶⁶².

567. La gravité de la solution en SSPRL – Il est clair cela dit que si notre droit positif n'exige pas le rapport des bénéfices qui s'avèreraient *in fine* avoir été indument distribués, « la solution est tempérée par la responsabilité illimitée des associés dans les sociétés de personnes »¹⁶⁶³. Dans celles-ci en effet, l'absence de rapport des bénéfices d'exercice reçus est compensée par une obligation illimitée de contribuer aux pertes sociales. Par ce biais, les associés appelés à combler le solde déficitaire de l'activité une fois son terme advenu restitueront indirectement les sommes indument reçues.

À l'évidence, la solution n'est pas comparable en matière de structures à risque limité puisqu'ici, alors même que le solde définitif de l'activité apparaîtrait *in fine* négatif, les dividendes que les associés ont perçus en cours de vie sociale leur restent définitivement acquis, sans que l'obligation de contribuer aux pertes ne puisse compenser cette distribution indue.

Notre droit positif permet donc la réalisation de ces situations profondément incongrues où, tout compte fait, alors que l'activité aura été déficitaire – avec pour conséquence potentielle de laisser les créanciers impayés – les associés en auront pourtant tiré des sommes au titre des bénéfices prétendument réalisés.

¹⁶⁶⁰ Rappr. CA Rouen, 14 déc. 1807, cité *infra* n°568.

¹⁶⁶¹ V. D COCHET, *th. cit.*, spec. §713 et s.

¹⁶⁶² DELANGLE, *op. cit.*, n°346, p. 324, rapportant les statuts de Sienne ainsi que la doctrine de Stracha du XVI^{ème} siècle.

¹⁶⁶³ D. COCHET, *th. cit.* n°722, p. 410 ; v. également, n°44, p. 33.

568. Les légitimes difficultés d'acceptation d'une telle solution – Cette solution à laquelle la pratique du droit positif nous a accoutumés apparaît, à l'analyse, affectée d'un profond déséquilibre et heurte de manière assez manifeste la logique la plus évidente ; aussi ne s'est-elle pas imposée sans soulever quelques légitimes réserves.

La question de savoir si l'associé limité en risque devait rapporter les bénéfices reçus en cours de vie sociale en cas de faillite de la société anima en effet vivement la doctrine des XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles. Les tribunaux se divisèrent également sur ce point, tout comme les rédacteurs du Code de 1807¹⁶⁶⁴ au sein duquel il fut envisagé de consacrer le principe du rapport des bénéfices perçus par le commanditaire (figure essentielle alors de l'associé limité en risque)¹⁶⁶⁵.

Les termes de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Rouen le 14 décembre 1807¹⁶⁶⁶ illustrent et résument de manière particulièrement convaincante cette opinion favorable au rapport des bénéfices reçus durant la vie sociale qui avait cours alors :

« Considérant (...) qu'on n'estime profit réel de la société que ce qui reste de gain, toutes pertes déduites, sur tous les profits des diverses affaires ou opérations de la société ; que dans une société contractée, comme dans l'espèce, pour une série d'opérations et pour 6 années consécutives, ces opérations les unes heureuses, et les autres désavantageuses, se compensent mutuellement ; et ce n'est qu'en balançant tous les résultats particuliers de chaque année que l'on trouve le résultat unique et véritable de toute la durée de l'association : résultat final qui seul apprend s'il y a effectivement bénéfice ou perte, et d'après lequel le commanditaire conserve ou rapporte ce qu'il a retiré, par anticipation, de la caisse sociale, que les bénéfices annoncés par les inventaires partiels ne sont que des bénéfices présumés »

¹⁶⁶⁴ V. not. H. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 172 et s. ; DELANGLE, *Des sociétés commerciales*, commentaire du titre III, livre Ier du code de commerce, Joubert, 1843, t. 1, p. 322 et s. ; V. BECANE, *Commentaire sur l'ordonnance du commerce du mois de mars 1673*, par JOUSSE, 2^{ème} éd., Joubert, 1841, p. 93 et s., spéc. p. 95 : « si l'on autorise les commanditaires à garder leurs bénéfices, il est évident qu'ils ne perdent point la totalité de leur mise, puisqu'ils conservent des dividendes qui peuvent l'égaliser, même la surpasser. Or n'est il pas monstrueux que les commanditaires puissent conserver des bénéfices plus ou moins considérables résultant d'une société en plein faillite, et au préjudice des créanciers avec l'argent desquels ont pu être faits ces bénéfices prématurés, dont on veut leur refuser le rapport ? » et les réf. citées, not. p. 96, DELVINCOURT : « Il me paraît contraire à toutes les règles de la justice et de l'équité, qui est l'âme du commerce, que des associés retirent des bénéfices d'une société qui est hors d'état de payer ses créanciers » ; v. également E. RICHARD, « Mon nom est personne : la construction de la personnalité morale de l'entreprise en histoire du droit ou les vertus de la patience », *Revue Entreprises et Histoire*, n° 57, déc. 2009, n°37.

¹⁶⁶⁵ V. DELANGLE, *op. cit.* t.1, n°349, p. 324 et s. ; H. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 174 ; LOCRÉ, *op. cit.* t. XVII, p. 259.

¹⁶⁶⁶ *Sirey*, 1807, 3, 2, 111, rapporté par H. LEVY-BRUHL, *op.cit.* p.174 ; v. aussi sur cet arrêt DELANGLE, *op cit.*, t.1, n°350, p. 325 et s.

Ce dont résulte selon la Cour la nécessité d'ordonner le rapport des bénéfices distribués en cours de vie sociale.

Le raisonnement est repris par la Cour d'appel de Paris, statuant sur la même affaire après cassation, qui le prolonge en faisant valoir qu' :

« attacher le caractère d'irrévocabilité à ces sortes de répartition, quel que fut en définitive l'état de la société, ce serait autoriser les associés à épuiser par des prélèvements successifs ou pour divers prétextes, non seulement leurs propres mises, mais même les autres fonds sociaux, de manière qu'il ne resterait rien pour l'acquittement des dettes de la société, et que tout le profit serait pour les associés, et toutes les dettes pour les créanciers »¹⁶⁶⁷.

569. Assurément le raisonnement convaint ; en bonne logique, il paraît le seul admissible. Mais s'il a pu un temps emporter l'adhésion des tribunaux, la solution inverse d'une appropriation définitive des bénéfices d'exercices servis aux associés limités en risque dont nous sommes coutumiers s'est pourtant finalement imposée, marquant par là le triomphe, une fois encore, des objectifs de politique économique impliquant la faveur à l'entrepreneuriat sur les principes juridiques.

B. Une solution de faveur justifiée par les retombées économiques attendues

570. Il est facile de comprendre les raisons qui expliquent le choix de la solution d'une appropriation définitive des bénéfices d'exercices : elles tiennent essentiellement à un besoin de sécurité juridique des associés qui aspirent naturellement à être fixés sur le sort des sommes qui leur sont versées et qui souhaitent pouvoir employer celles-ci sans encourir le risque d'être tenus à leur rapport de longues années après qu'ils ne les auront dépensées¹⁶⁶⁸. Mais si l'on ne peut méconnaître la réalité de cette aspiration, la question de sa légitimité se pose. Or ce caractère apparaît à l'analyse fortement discutable, de sorte que l'appréhension définitive des bénéfices d'exercice par les associés s'affirme en réalité comme une mesure extraordinaire de faveur commandée une fois de plus par l'objectif de politique économique de soutien à l'entrepreneuriat (1). D'autres justifications ont pu

¹⁶⁶⁷ CA Paris, 11 fév. 1811 rapporté par DELANGLE, *op. cit.* p. 327 et s.

¹⁶⁶⁸ DELANGLE, *op. cit.*, n°348, p. 324 et s..

parfois être avancées, tantôt fondées sur l'application de la logique de l'appropriation des fruits par le possesseur de bonne foi, tantôt sur les difficultés de réalisation d'une solution alternative ; elles semblent en réalité hors de propos (2).

1. La faveur à l'entrepreneuriat, véritable justification de la satisfaction d'une attente peu légitime

571. La question de la légitimité de l'incertitude subie par les réceptionnaires de bénéfices d'exercice – Ce désir de sécurité juridique qui se trouve au fondement du caractère irrépétible des sommes reçues au titre des bénéfices d'exercice peut apparaître excessif et illégitime. Il convient tout d'abord de conserver à l'esprit que c'est en premier lieu d'une faveur extraordinaire que les associés tiennent leur pouvoir de disposer des richesses produites par l'activité au fur et à mesure de leur apparition. On l'a vu en effet, le droit au bénéfice de l'associé ne devrait en toute rigueur pouvoir s'exercer qu'au terme de la société et c'est donc par une faveur exceptionnelle que, grâce au recours à la fiction des bénéfices d'exercice, les associés sont mis en possession des richesses en cours de vie sociale¹⁶⁶⁹.

Aussi, si l'on tâche de considérer la situation en essayant de se défaire de l'effet d'acceptation par accoutumance qui découle d'une longue pratique du droit positif (car on sait combien il est vrai qu'« à la longue, l'anormal répété finit par s'imposer à l'esprit comme régulier »¹⁶⁷⁰), l'idée d'une appropriation définitive de ce qui n'a été reçu qu'en tant que bénéfice présumé et provisoire paraît tout à fait contre-intuitive et l'on éprouve partant quelques difficultés à trouver légitime l'aspiration à la sécurité juridique des bénéficiaires de ces dividendes d'exercice. Du moins ne le paraît-elle pas davantage que l'aspiration à la « sécurité juridique » qu'invoquerait par exemple celui dont l'ascendant a permis d'user d'un de ses biens et qui aspire à en recueillir la propriété au jour de l'héritage. L'existence d'une probabilité de devenir propriétaire d'un bien dont on a gracieusement recueilli l'usage provisoire ne semble en effet

¹⁶⁶⁹ V. *supra* n°550 et s.

¹⁶⁷⁰ A. BLOOM, *L'âme désarmée. Essai sur le déclin de la culture générale*, Julliard, 1987 cité par P. DIENER, « Pathologie juridique et doctrine universitaire en droit des affaires », *D.* 1997, chron. p. 147 ; rapp. *supra* Introduction, n° 1 et s.

aucunement suffire, en son principe, à fonder la légitimité d'une prétention à son appropriation immédiate et définitive.

572. Une solution retenue pour des considérations de politique économique – Aussi apparaît-il que c'est essentiellement, une fois de plus, au souci d'organiser un régime enviable, apte à intéresser les investisseurs et partant à attirer leurs capitaux au sein des entreprises qui en sont nécessiteuses, que notre droit positif doit d'avoir consacré la règle de l'appropriation définitive des bénéfices d'exercice aux associés limités en risque.

Sans équivoque en effet, il ressort des discussions ayant animé la doctrine des XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles qui fut appelée à trancher la question que c'est la prise en compte des nécessités du commerce qui amena au triomphe de la solution que nous connaissons. Malgré la conscience que les auteurs pouvaient avoir du caractère illogique et injuste d'un tel système, les besoins en financement des entreprises appurent comme un impératif plus fort, auquel il a été estimé que les autres considérations devaient être sacrifiées.

C'est ainsi par exemple que Bécane, tout en paraissant reconnaître le caractère « monstrueux » de ce système où « les commanditaires [peuvent] conserver des bénéfices plus ou moins considérables résultant d'une société en pleine faillite », se prononce finalement en sa faveur pour la raison que « la commandite est utile au commerce » et qu'il faut pour cette raison « encourager ces sociétés » dont on risquerait sinon de détourner les capitalistes en leur imposant le rapport des bénéfices qu'ils ont perçus¹⁶⁷¹.

C'est encore essentiellement face à l'argument tenant au risque de découragement des investisseurs dont le commerce a besoin que fut retirée la proposition tendant à consacrer au sein du Code de commerce de 1807 la solution du rapport des bénéfices¹⁶⁷².

¹⁶⁷¹ V. BECANE, *Commentaire sur l'ordonnance du commerce du mois de mars 1673*, par JOUSSE, 2^{ème} éd., Joubert, 1841, p. 95 : « Pour le système qui dispense les commanditaires du rapport des dividendes, je ne vois qu'une seule raison ; mais elle me paraît par sa gravité balancer les raisons contraires. – La commandite est utile au commerce : la responsabilité limitée des commanditaires attire les capitalistes dans les spéculations commerciales ; il faut donc encourager ces sociétés. Mais c'est directement faire le contraire que de donner aux commanditaires la perspective du rapport des dividendes ; ils n'oseront ni les recevoir, ni les consommer, s'ils peuvent ultérieurement être poursuivis pour ces dividendes ». Dans le même sens, v. DELANGLE, *op. cit.* n°348, p. 327.

¹⁶⁷² V. LOCRÉ, *op. cit.*, t. XVII, p. 259-260, DELANGLE, *op. cit.* n° 349, p. 325.

C'est donc ainsi, une fois de plus, et déjà aux XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles, sur l'autel des considérations économiques que fut sacrifiée la logique juridique et la recherche d'un juste arbitrage des intérêts¹⁶⁷³.

2. Diverses justifications inopérantes parfois avancées

573. La possession de bonne foi du dividende, fondement de son appropriation définitive ? – Un autre argument a pu être parfois invoqué pour justifier le caractère irrépétible des bénéfices distribués ; il repose sur l'idée que les dividendes sont des fruits civils¹⁶⁷⁴ et qu'à ce titre, les associés ne sauraient être tenus à leur restitution dès lors que c'est de bonne foi qu'ils les ont perçus¹⁶⁷⁵. Le raisonnement se fonde de manière plus ou moins implicite sur la règle portée par l'article 549 du Code civil selon laquelle le possesseur de bonne foi n'est pas tenu à restitution des fruits de la chose qu'il a possédée sans droit¹⁶⁷⁶.

Couramment invoqué, ce raisonnement peine cependant à convaincre car, de toute évidence, il repose sur un ingénieux sophisme.

En effet, le principe posé par cette disposition concerne les rapports entre un *verus dominus* et le possesseur sans droit d'un bien frugifère et tend, dans ce cadre, à dispenser le possesseur sans titre de la restitution des fruits qu'il a perçus si c'est de bonne foi qu'il a possédé le bien frugifère¹⁶⁷⁷, c'est à dire, dans l'ignorance du caractère illégitime de cette possession. Et cette disposition n'a vocation à jouer que dans le cadre d'une action en revendication de la chose frugifère pour régir, accessoirement, le sort de ses fruits

Or, dans la situation qui nous occupe d'une perception indue de bénéfices d'exercice, le problème ne réside aucunement dans la question de savoir si les fruits d'un bien possédé *a non domino* doivent être restitués, puisqu'il n'est nullement question de

¹⁶⁷³ Rappr. *supra* n° 198 et s.

¹⁶⁷⁴ Sur cette qualification qui semble avoir été généralement admise malgré quelques périodes d'hésitations, v. F. ZENATI, v° « L'usufruit des droits sociaux », *Rep. Soc.* Dalloz, n°335 et s. ; encore C. BARRILLON, *op. cit.*, p. 319 et s. et les réf. citées.

¹⁶⁷⁵ V. DELANGLE, *op. cit.* n°345, p. 322 ; rappr. C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, 4ème éd., LGDJ 1906, t. 2, 1^{ère} partie, n°539.

¹⁶⁷⁶ Rappr. C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, 4ème éd., LGDJ 1906, t. 2, 1^{ère} partie, n°539.

possession sans droit d'une chose frugifère¹⁶⁷⁸. Tout au plus pourrait-on admettre – en acceptant de transposer ici la logique de la disposition – qu'il y a une possession sans droit de biens – les dividendes – qui sont, dans l'absolu, les fruits d'un autre – les parts sociales. Mais si l'on doit transposer la logique de l'article 549 ici, le dividende est pris comme l'objet premier et principal de la revendication, et nullement en tant qu'accessoire d'un bien frugifère dont il serait issu et qui serait lui-même objet de revendication¹⁶⁷⁹. L'application de l'article 549 du Code civil à cette question apparaît donc, à l'évidence, hors de propos.

574. La comparaison de la situation du percepteur de dividendes avec celle du possesseur de bonne foi – Pas davantage d'ailleurs, l'« esprit » ou la *ratio legis* de ce texte ne saurait être transposé ici et ne pourrait permettre de justifier la solution retenue en matière de distribution de dividendes. On ne saurait en effet considérer le bénéficiaire des dividendes digne de la même protection que celui qui a consommé les fruits du bien dont il se croyait propriétaire sous l'empire de l'ignorance des vices du titre qui fondait son droit. Car si celui-ci a droit à une protection, c'est à raison de la légitimité de sa croyance en la propriété de la chose frugifère et, par conséquent, des fruits de cette dernière¹⁶⁸⁰. Au contraire, rien dans la situation intrinsèque du percepteur des dividendes ne fonde sa légitimité à se croire institué définitivement bénéficiaire des sommes perçues dès lors que, comme nous l'avons vu, ces bénéfices d'exercice ne sont, par nature, que des anticipations provisoires d'un résultat final qui ne peut être connu qu'au terme de l'activité¹⁶⁸¹.

Ainsi, tandis que l'article 549 vient répondre à une prévision légitime qui lui préexiste pour assurer sa protection, la règle voulant que le bénéficiaire des

¹⁶⁷⁷ La rédaction des articles 549 et 550 laisse peu de doutes sur ce point. V. W. DROSS v° « Propriété – Droit d'accession sur ce qui produit par la chose », *J. Class. Civ.* fasc. 85. n°33 et s.

¹⁶⁷⁸ Tel serait le cas, par exemple, dans le conflit qui opposerait le propriétaire des parts sociales à celui qui les a possédées *a non domino*. Dans un tel cas de figure, la possession de bonne foi des parts permettrait à son auteur, par application de cette disposition, de conserver les dividendes en tant que fruits du bien possédé.

¹⁶⁷⁹ Ce n'est d'ailleurs sûrement pas par le biais d'une action en revendication que devrait s'organiser le rapport des dividendes indument servis. Mais puisque c'est cette action que régit l'article 549, nous raisonnons sur la base de celle-ci afin d'éprouver l'argument qui tend à s'opposer au rapport des dividendes sur le fondement de l'article 549.

¹⁶⁸⁰ V. *J. Class. Civ.* fasc. 85 « Propriété – Droit d'accession sur ce qui produit par la chose », par W. DROSS, spéc. n°33 et s.

¹⁶⁸¹ V. *supra* n° 556 et s.

dividendes conserve ces derniers créé une croyance légitime qui ne préexistait aucunement à la règle car elle n'aurait pu naître de la seule situation régie¹⁶⁸².

575. Les difficultés de réalisation d'un système de rapport des dividendes – Il est vrai qu'aujourd'hui cependant, l'application rigoureuse d'un système de rapport des dividendes indument distribués en cours de vie sociale pourrait s'avérer délicate à mettre en œuvre compte tenu du nombre élevé d'actionnaires que peuvent compter certaines des grandes sociétés par actions, de leur dispersion dans le monde, de la rapidité avec laquelle les titres changent de main, ou encore de la durée de vie considérable qu'atteignent certaines sociétés contemporaines. On pourrait dès lors être tenté d'en prendre argument pour justifier l'état du droit positif.

576. Incontestables en leur principe, ces contraintes ne semblent pas pour autant suffisantes à justifier l'état du droit contemporain qui libère les associés de tout rapport des dividendes indument perçus.

En effet, on peut remarquer d'une part que, dans l'hypothèse où la société aurait distribué des dividendes ne correspondant à aucun bénéfice d'exercice (ce que l'on vise communément par l'expression de « dividendes fictifs »), le droit positif prévoit dans certaines circonstances leur rapport par les associés qui les ont recueillis¹⁶⁸³. Cette solution vaut même pour les plus grandes sociétés par actions dont les titres changent de main à grande vitesse et sont éparpillés à travers le monde, ce qui montre que les difficultés de réalisation invoquées ne sauraient être tenues pour insurmontables puisqu'elles sont dépassées ailleurs.

On peut remarquer d'autre part qu'il serait en tout état de cause parfaitement envisageable de dépasser cet obstacle tenant aux difficultés techniques et aux inconvénients de la mise en œuvre de l'obligation de rapport des bénéfices indus en adoptant à tout le moins une solution de compromis dans sa réalisation qui pourrait consister, par exemple, à en limiter le champ à un nombre donné d'exercices précédant la liquidation de la structure.

¹⁶⁸² Rapp. à propos de la distinction entre les prévisions « ante-normatives » et « post-normatives », B. REMY, « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois. Qui de l'oeuf ? Qui de la poule ? », in *Mélanges P. Mayer*, LGDJ 2015, p. 791 et s.

¹⁶⁸³ V. art. L. 223-40 et L. 232-17 du Code de commerce (v. égal. P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.* 7^{ème} éd., p. 147, n°178).

On observera enfin que, lorsqu'aux XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles, la question d'instituer une obligation de rapport des bénéfices indus était encore débattue, ce ne sont pas tant les arguments tenant aux difficultés de sa réalisation qui furent invoqués (ils étaient alors d'importance assez dérisoire dans l'hypothèse de la société en commandite qui constituait le champ essentiel de la discussion), que les enjeux tenant à l'opportunité de ne pas décourager les capitalistes d'investir dans ces sociétés et de leur ménager pour cela un régime de faveur supposément bon pour le commerce¹⁶⁸⁴.

577. Conclusion de sous-section – Cette solution de l'appropriation définitive par les associés limités en risque des sommes distribuées au titre des bénéfices d'exercice même en cas de pertes avérées au terme de la société apparaît donc heurter profondément la logique du mécanisme dans lequel elle s'inscrit. Elle ne peut s'expliquer que par des considérations économiques tenant à la volonté politique de drainer vers les entreprises les capitaux des investisseurs. Ce régime de faveur emporte cependant de graves conséquences notamment sur le terrain de la responsabilité de ces associés.

Sous-section 2 - Les conséquences de ce système de faveur

578. Deux constats, qui sont en réalité les deux versants d'un même phénomène, peuvent être dressés en tant que conséquences de ce déséquilibre structurel du régime des SSPRL. D'une part, ce sont les créanciers ainsi que les autres parties prenantes à l'entreprise qui supportent le coût de cette faveur faite aux associés de SSPRL (§1), d'autre part, cet aspect du droit positif soustrait potentiellement les associés à toute responsabilité (§2).

§1. Le sacrifice de l'entreprise et des créanciers sociaux

579. La soustraction définitive des richesses du patrimoine social pour assurer la rémunération des associés par référence au bénéfice réalisé sur l'exercice passé constitue

¹⁶⁸⁴ V. *supra* n°572.

une faveur aux associés qui a nécessairement un coût. Celui-ci est supporté essentiellement par l'entreprise (A) et par les créanciers sociaux (B).

A. Le sacrifice de l'entreprise

580. Les conséquences d'une telle faveur du point de vue économique sur l'entreprise sous-jacente – La soustraction systématique des richesses produites par l'entreprise à mesure qu'elles naissent est un phénomène qui accroît mécaniquement le risque de faillite de la société et partant de disparition de l'entreprise sous-jacente. En effet, les gains réalisés durant les périodes fastes ne peuvent plus absorber les pertes que l'activité serait susceptible d'enregistrer au cours des exercices malheureux à venir ; au rebours de ce que permettrait un système équilibré qui ne connaîtrait pas cette fiction des bénéfices d'exercice distribuables.

Ainsi, dans l'hypothèse où, après de longues années de profits ayant permis d'abondantes distributions de dividendes, la société viendrait soudainement à subir d'importantes pertes, le risque d'une liquidation et d'un démantèlement de l'entreprise sous-jacente apparaît assurément accru par l'existence par le passé de ces dessaisissements réguliers des richesses progressivement acquises par leur distribution au titre des bénéfices d'exercice¹⁶⁸⁵. Tel est d'ailleurs pourquoi « les créanciers n'hésitent plus à engager la responsabilité des dirigeants lorsqu'ils constatent que la société a mené une politique de dividendes bien généreuse qui s'est soldée par la faillite de l'entreprise »¹⁶⁸⁶.

Ce sont ainsi les conséquences économiques et sociales que le législateur contemporain semble particulièrement déterminé à éviter sur le terrain de la croissance et de l'emploi¹⁶⁸⁷ que le système de distribution irrépétibile des bénéfices d'exercice favorise.

¹⁶⁸⁵ Rapp. T. MASSART, « La société sans dividende », *art. cit.*, p. 538.

¹⁶⁸⁶ T. MASSART, « La société sans dividende », *art. cit.*, p. 539.

¹⁶⁸⁷ V. not. C. SAINT ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficultés*, 11^{ème} éd. n°1 et s., p. 15 et s. et « De la faillite au droit des entreprises en difficulté, Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle » in *Regards critiques sur quelques évolutions récentes du droit*, Travaux de l'IFR, Mutations des normes juridiques, PU Toulouse I, 2005, p. 299. Rapp. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2. V. aussi l'exposé des motifs du projet de loi n°1596 de mai 2004 ayant donné naissance à la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 (n°2005-845).

De surcroît, aux conséquences directes de la faillite d'une société sur l'entreprise qui lui est sous-jacente s'ajoute la fragilisation des entreprises qui lui sont liées, et la faillite d'une structure peut facilement en entraîner d'autres par effet de « cascade », les conséquences économiques et sociales s'accroissant alors de manière exponentielle¹⁶⁸⁸.

581. De quelques avantages économiques d'un maintien des bénéficiaires dans le patrimoine social – Accessoirement, on pourrait relever que le système qui consisterait à laisser affectées à l'entreprise les richesses qu'elle a fait naître plutôt que de les distribuer par le biais de dividendes présenterait quelques avantages non négligeables d'un point de vue économique (auquel on sait combien le législateur est attaché¹⁶⁸⁹), à commencer par une augmentation des capacités d'autofinancement de l'entreprise et donc de sa capacité à investir et à croître, ainsi qu'une réduction de ses coûts de financement, puisque l'accroissement de ses richesses (par le maintien dans le patrimoine social des bénéficiaires passés) devrait mécaniquement réduire son besoin de se tourner vers l'emprunt onéreux¹⁶⁹⁰.

Et l'on pourrait même attendre de cette réduction des charges financières de l'entreprise une répercussion à la baisse sur les prix de ses services¹⁶⁹¹, phénomène favorable à une réduction de l'inflation¹⁶⁹², ainsi qu'à une meilleure compétitivité de ces entreprises¹⁶⁹³.

¹⁶⁸⁸ V. not. C. CHAMPAUD, La place des intérêts publics dans les procédures collectives, PU Lille, 1978, p. 109.

¹⁶⁸⁹ V. *supra* n° 236 et s.

¹⁶⁹⁰ V. not. plus généralement sur la question de l'opportunité de l'autofinancement P. VERNIMMEN, P. QUIRY, Y. LE FUR, *op. cit.*, n°38.1 et s., p. 795 et s. On notera par ailleurs que le paiement des dividendes suppose parfois que la société ait recours à l'emprunt faute pour elle de disposer des liquidités suffisantes (v. sur ce point T. MASSART, « La société sans dividende », *art. cit. spéc.* p.537).

¹⁶⁹¹ Pour un ordre d'idée, les frais financiers représentaient 18,5% de l'excédent brut global des entreprises en 1992 (v. M. BARDOS, D. LEFILLIATRE, « Le poids des frais financiers dans les résultats des sociétés », *Bulletin de la Banque de France*, 1^{er} trimestre 1994, supplément Études, p. 81 et s., *spéc.* p. 84 :

https://www.banquefrance.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/archipel/publications/bdf_bm/etudes_bdf_bm/bdf_bm_3_etu_10_t1.pdf.

¹⁶⁹² Rapp. P. SUDREAU (dir.), *Rapport du comité de réforme de l'entreprise 1975*, éd. 10-18, p. 126 et s.

¹⁶⁹³ V. plus généralement sur les méfaits économiques des exigences de rentabilités imposées par les actionnaires en quête de rentabilité à court terme, afin de jouir de dividendes, P. ARTUS et M. P. VIRARD, *Le capitalisme est en train de s'autodétruire*, éd. La Découverte, 2005 ; J. PEYRELEVADE, *Le capitalisme total*, Seuil, 2005 ; rapp. T. MASSART, « La société sans apport », in *Mélanges P. Didier*, Économica 2008, p. 289 et s., *spéc.* p. 304-305.

B. Le sacrifice des créanciers

582. Le transfert du risque aux créanciers – En outre, ainsi que le remarquait fort justement Mme Cochet, « en permettant la distribution de dividendes malgré l'incertitude sur la réalité du bénéfice, le bénéfice d'exercice matérialise un pari sur l'avenir. Ce pari, le droit positif l'impose aux créanciers sociaux »¹⁶⁹⁴. L'hypothèse que nous envisageons plus haut d'une structure confrontée soudainement à d'importantes pertes après avoir réalisé de considérables profits illustre parfaitement ce phénomène. Dans ce cas de figure, si la fiction des bénéfices d'exercices distribuables et irrépétibles n'avait pas été instituée, le patrimoine social n'aurait pas subi ces ponctions régulières de richesses injustifiées (sinon par le seul objectif d'attirer l'actionariat) et celui-ci aurait pu partant désintéresser les créanciers sociaux¹⁶⁹⁵. Ce sont donc ces derniers qui supportent pour l'essentiel le coût de cette mesure de faveur pour les associés¹⁶⁹⁶. Au point que, ainsi que nous aurons l'occasion de le voir, l'ordre de préférence entre associés et créanciers est susceptible d'être bouleversé¹⁶⁹⁷.

583. Le garde-fou des réserves légales – On pourrait à la marge relever que dans une certaine mesure, le législateur, conscient des conséquences que devait emporter l'admission du principe d'une distribution régulière des bénéfices d'exercice, a tâché d'en minorer l'ampleur en imposant dans les sociétés à risque limité, et jusqu'à ce que soit atteint une certaine proportion du capital social, la mise en réserve d'une certaine part déterminée des bénéfices d'exercice¹⁶⁹⁸. Naturellement, si une telle mesure peut un tant soit peu tempérer la vigueur du phénomène que nous décrivons, elle reste assurément insuffisante à faire obstacle aux bouleversements structurels qui en découlent¹⁶⁹⁹.

¹⁶⁹⁴ *Th. cit.* n°722, p. 410. Rapp. P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés, Droit et vie des affaires », in *Études à la mémoire d'A. Sayag*, Litec, 1997, p. 227 et s., spéc. p. 233 : « les risques auxquels les actionnaires se soustraient, ce sont les créanciers qui les assument ».

¹⁶⁹⁵ Rapp. T. MASSART, « La société sans dividende », *art. cit.*, spéc. p. 538-539.

¹⁶⁹⁶ Raison pour laquelle d'ailleurs, lorsqu'ils sont en position de force suffisante, « les prêteurs imposent aux sociétés des restrictions quant aux distributions de dividendes » (D. GALLOIS-COCHET, *th. cit.* p. 373 ; v. T. MASSART, « La société sans dividende », *art. cit.*, p. 539).

¹⁶⁹⁷ *Infra* n°584 et s.

¹⁶⁹⁸ V. P. et Ph. DIDIER, *Sociétés commerciales, op. cit.* n°189, p. 170. Ce montant est aujourd'hui de 5% des bénéfices d'exercice, jusqu'à ce que la réserve atteigne 10% du capital social de la société (art. L. 232-10 du Code de commerce).

¹⁶⁹⁹ On pourrait aussi déceler dans la politique fiscale une faveur à la mise en réserve plutôt qu'à la distribution des bénéfices d'exercice, notamment via la suppression du mécanisme de l'avoir fiscal en 2004 (dans une certaine mesure compensé par un mécanisme d'abattement) ainsi que par l'instauration en 2012 d'une contribution additionnelle de l'impôt sur les sociétés de 3% sur les montants distribués (disposition jugée cependant inconstitutionnelle par une décision n° 2017-660

§2. L'irresponsabilité de l'associé

584. L'inversement des rangs de créancier et d'associé – De ce qui précède découle que la qualité de créancier « hypochirographaire » dont on affuble parfois l'associé pour exprimer l'idée que son droit au bénéfice ne peut s'exercer qu'après désintéressement des créanciers sociaux peut être infirmée par cette pratique de distribution irrémédiable des bénéfices d'exercice.

Par ce biais en effet, notre système de droit positif rend possible cette situation paradoxale où, au terme de la société, lorsque les comptes de l'activité peuvent être véritablement et définitivement établis, il ressortira que les associés se seront effectivement enrichis grâce à leur « droit au bénéfice », tandis que les créanciers, qu'ils soient chirographaires, titulaires de sûretés ou même de privilèges légaux, verront leurs créances en tout ou partie impayées.

Une telle situation se réalisera dès lors que la totalité des sommes versées à un associé au titre des bénéfices d'exercice dépasse le montant de son apport (traduisant logiquement un enrichissement), tandis que la liquidation de la société ferait apparaître un actif insuffisant au paiement de l'ensemble des dettes de la société.

Par là, on voit que cet aspect *a priori* secondaire du régime des structures sociales personnifiées à risque limité, qui n'a de prime abord trait qu'aux modalités de réalisation du droit aux bénéfices des associés, s'avère en réalité de nature à bouleverser radicalement l'équilibre de ses mécanismes : *in fine*, le risque social sera davantage supporté par le créancier de la société que par l'associé dans un tel cas de figure!

Ce phénomène n'est d'ailleurs pas sans incidence du point de vue de la contribution aux pertes de l'associé comme de celui de la responsabilité des associés des structures à risque limité.

QPC du 6 octobre 2017) v. sur ce point, T. « La société sans dividende », *art. cit.*, p. 540-541 ; et P. VERNIMMEN, P. QUIRY, Y. LE FUR, *op. cit.* n°38.7, p.799.

585. L'irresponsabilité et l'absence de contribution aux pertes de l'associé de SSPRL via une restitution du montant apporté – En effet, tandis que la responsabilité des associés de SSPRL est supposée avoir pour mesure le montant de leurs apports et que c'est le défaut de restitution de ces derniers qui est censée réaliser leur contribution aux pertes sociales, la distribution successive de dividendes irrépétibles au gré des différents exercices sociaux qu'autorise notre droit positif est susceptible de neutraliser ces mécanismes.

Dès lors en effet que les sommes distribuées à ce titre atteignent le montant des richesses initialement apportées, le bilan que l'on pourra dresser une fois la société liquidée devrait arithmétiquement faire ressortir que le montant des pertes effectivement supportée par les associés est nul puisque le montant de leurs apports leur aura été intégralement restitué.

Aussi, il ne semble rigoureusement pas possible de considérer, au terme de la société, lorsque l'échec de l'activité sociale aura mené à sa liquidation, que la contribution aux pertes de l'associé ayant fait apport de 100 et qui aura reçu de cette même société des dividendes à hauteur de 100, se réalise à hauteur de 100 – ainsi que le veut pourtant la logique et la présentation classique – ; non plus que sa responsabilité est subie à hauteur de 100. Force est de constater au contraire que dans un tel cas de figure, l'associé n'assume nulle responsabilité et ne contribue aucunement aux pertes sociales.

Pire, ce système de distribution des bénéfices d'exercice pourra même conduire, en plus de l'irresponsabilité de l'associé et à son absence de contribution aux pertes, à ce qu'il tire un gain d'une activité sociale pourtant déficitaire (par exemple, si dans l'hypothèse envisagée, l'associé apporteur de 100 reçoit 120 au titre des dividendes versés).

Conclusion de section

586. Ainsi, cet aspect du régime des SSPRL qu'est la distribution régulière de dividendes, malgré son évidence d'apparence et le peu de portée que l'on est de prime abord incité à lui reconnaître, apparaît bel et bien source de sérieuses contradictions aux

axiomes supposés gouverner ces structures ; nous en tirerons plus loin toutes les conséquences. Ce sont non seulement les principes essentiels du contrat de société que ce mécanisme contredit (en neutralisant l'exigence de contribution aux pertes de l'associé et en permettant la réalisation de son droit aux bénéfices en l'absence avérée de tout bénéfice), mais encore certains des axiomes qui semblent relever de la colonne vertébrale du libéralisme ou du moins de celle qui structure notre ordre juridique, à l'instar du lien unissant risque et profit¹⁷⁰⁰ que brise ici l'irresponsabilité dont ce système fait potentiellement bénéficier celui qui est institué captateur du profit de l'activité sociale.

Il est peut-être vrai que le système rigoureusement inverse, qui impliquerait le maintien dans la société de l'ensemble des richesses produites par l'entreprise jusqu'au terme de la société, pourrait s'avérer lui-même porteur de quelques effets pervers et engendrer quelques difficultés de réalisation¹⁷⁰¹. Mais ces difficultés ne sauraient vraisemblablement pas suffire à elles seules à justifier l'état profondément déséquilibré du système actuel qui semble avoir été souhaité dans une perspective de faveur aux associés afin d'attirer leurs capitaux vers les entreprises. En tout état de cause, les difficultés de réalisation du système inverse ne sauraient occulter le déséquilibre structurel dont est atteint le régime de faveur aux associés de SSPRL que connaît notre droit positif.

Section 2 - L'organisation de la décorrélation entre la société et l'entreprise sous-jacente

¹⁷⁰⁰ V. not. à propos de l'adage *ubi emolumentum, ibi onus*, H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4e éd., Litec, 1999, n° 452, p. 915 ; H. ROLAND, *Lexique juridique, expressions latines*, Coll. Carré droit, Litec, 1999, p. 195 ; rappr. R. SALLEILLES : « celui qui a le profit supporte les risques », note sous Cass. civ. 16 juin 1896, *D.* 1897, 1, p. 433. Rappr. *supra* n° 130.

¹⁷⁰¹ V. not. P. et Ph. DIDIER, *op. cit.*, n°189 p. 169-170, note n°2, qui évoquent le risque de conduire les associés à liquider régulièrement leur société s'il leur était fait défense de se distribuer les bénéfices d'exercice (rappr. cependant *supra* n°562). Encore on pourrait faire valoir que l'autofinancement et la non distribution de dividendes favorise la spéculation, puisque c'est par la spéculation que l'actionnaire touchera les fruits de son placement dès lors que la fidélité ne rapporte plus (v. J. HAMEL et G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, t1, n°724, cité par E. N. MARTINE, *D.* 1959, jp., p. 355).

587. Introduction – En conséquence des errements conceptuels de la matière qui ont été mis plus haut en évidence¹⁷⁰², le régime de limitation des risques d'entreprise qu'organise le droit positif tend à laisser une place disproportionnée à la liberté individuelle de ceux qui en bénéficient. La *société* ayant été désavouée et l'*entreprise* ayant échoué à accéder au rang de concept cardinal de la matière, le droit des SSPRL tend désormais à naviguer sans véritable boussole¹⁷⁰³.

Or, ce sont évidemment les utilisateurs de ces mécanismes qui tirent profit de ce vide conceptuel, au détriment de la cohérence de la matière et des intérêts des tiers. Ils peuvent en effet bâtir sans entrave les cadres juridiques derrière lesquels ils mèneront leur activité et tendent naturellement à organiser le régime qui servira au mieux leurs intérêts, aussi déséquilibré, inéquitable et injustifié soit-il.

Aussi, cet état d'errance conceptuelle de la matière est-il indirectement, mais certainement, la source de profonds déséquilibres tenant notamment à l'ampleur de la limitation des risques des associés.

Deux phénomènes assez symptomatiques du déséquilibre auquel conduit cette liberté sans entrave pourront ici être envisagés. Il s'agit d'une part de la liberté donnée aux associés de fixer arbitrairement et discrétionnairement leurs apports – qu'ils tendent naturellement à minimiser puisque ces derniers sont la mesure de leur responsabilité (Sous-section 1). D'autre part de la liberté dont ils disposent de fragmenter comme bon leur semble leur entreprise en une multitude de structures indépendantes (Sous-section 2).

***Sous-Section 1 - La rupture de la corrélation primitive entre
l'affectation des utilités des biens et l'affectation de leur richesse à
l'activité sociale***

¹⁷⁰² V. à propos de la rupture de la matière avec la notion de société, sans accueillir le concept nouveau d'entreprise, *supra* Titre 1.

¹⁷⁰³ *Idem*.

588. Depuis les années 1990, on assiste à une tendance nette à la « décapitalisation » des sociétés¹⁷⁰⁴ et à la faveur donnée à l'emprunt pour le financement des entreprises en société¹⁷⁰⁵. Au vrai, le législateur lui-même, après avoir longtemps promu le financement par le biais des fonds propres, semble aujourd'hui renvoyer une « image troublée ». Ainsi par exemple, comme le remarquait M. Lécuyer, « en faisant sauter l'exigence d'un capital social minimum, puis en offrant aux SARL d'émettre des obligations, voici que, pour cette structure, il invite voire encourage au financement par l'emprunt »¹⁷⁰⁶.

Or, lorsque ce sont les associés eux-mêmes qui se placent en position de prêteur de leur propre société, les frontières se brouillent et la cohérence du régime risque de vaciller. Si le système de limitation de la responsabilité des associés à hauteur de leurs apports semble avoir été pensé sur la base du postulat qu'ils affecteraient à l'entreprise commune, par le biais de l'apport, les richesses qu'ils envisagent d'utiliser pour le succès de leur activité, l'équilibre d'un tel système tend à se rompre dès lors que les associés, sur la base d'un calcul rationnel bien compris, choisissent de constituer leur structure d'un apport seulement symbolique, pour laisser celle-ci mener son activité grâce aux prêts qu'ils lui consentiront ensuite.

De tels montages, dont rien ne semble empêcher la réalisation, faussent assurément le jeu naturel et l'esprit du mécanisme de limitation de la responsabilité des associés à leurs apports. Les utilisateurs de ces structures apparaissent en effet, en leur qualité d'associé, comme maîtres de l'affaire et réceptionnaires du profit qu'elle dégage, sans assumer les risques inhérents à ces prérogatives puisque, de ce dernier point de vue, c'est de leur qualité de prêteur qu'ils excipent ; l'apport, qui est la mesure de leur responsabilité ayant été purement symbolique.

589. Avant de décrire plus précisément les modalités de réalisation d'un tel montage et d'en montrer les avantages (§3), il convient de voir en quoi il heurte la logique sur laquelle

¹⁷⁰⁴ H. KRUGER, Liberté de gestion et endettement des entreprises en droit fiscal, préf. P DIBOUT, LGDJ, 2007, p. 242-243.

¹⁷⁰⁵ V. A. SAYAG et M. JEANTIN (dir.), *L'endettement, mode de financement des entreprises*, Litec 1997. V. aussi, B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, Litec, 2^e éd., 1995, n° 23 ; M. VASSEUR, « L'entreprise et l'argent », *D.* 1982, chron. 11, spéc. p. 12 ; C. GALOKHO « Les atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie résultant de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises », *RTD com.* 2014, p. 489 et s., spéc. n°7.

¹⁷⁰⁶ H. LECUYER, « Commentaire de l'ordonnance du 25 mars 2004 dans ses dispositions relatives aux SARL », *LPA* n°77 du 16 avr. 2004, p. 13.

le système de limitation de responsabilité est construit (§2), ce qui suppose au préalable de présenter l'esprit qui irrigue le mécanisme (§1).

§ 1. La logique initiale de la limitation de la responsabilité des associés à la perte de leurs apports

590. Ce n'est certainement pas par hasard que le montant de l'apport des associés fut choisi pour étalon de mesure de leur responsabilité. Dans l'absolu, la stratégie politique qui consiste à offrir aux associés une limitation de leurs risques afin de les inciter à créer ou à financer des entreprises, et qui constitue la justification exclusive de la mesure, aurait pu se réaliser en utilisant d'autres données pour déterminer le seuil de leur responsabilité : une certaine proportion des dettes sociales, du chiffre d'affaire, voire un montant fixe par exemple. Le choix de cet instrument de mesure de la responsabilité des associés qu'est l'apport trouve en réalité un fondement naturel dans la combinaison de la logique propre du contrat de société avec celle de la personnification.

Il semble cependant que l'évolution du droit positif, gagné par le formalisme, ait aujourd'hui nettement rompu avec cette logique originelle, emportant un profond déséquilibre de l'architecture de ce système.

591. L'apport : affectation des utilités des biens à l'entreprise commune – Dans le cadre originel du strict contrat de société, qui sert par hypothèse de cadre de réflexion à l'élaboration – ou du moins à l'évaluation¹⁷⁰⁷ – du régime de limitation de responsabilité, l'opération d'apport est le mécanisme juridique réalisant l'affectation des utilités des biens dont les associés sont riches à l'objet social¹⁷⁰⁸.

¹⁷⁰⁷ Car on a vu que le régime de limitation de responsabilité n'est pas véritablement le fruit d'une élaboration rationnelle : v. *supra* n° 162 et s ; on peut au moins supposer que sa pertinence a fait l'objet d'une évaluation *a posteriori*.

¹⁷⁰⁸ V. G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n°1551, p.48, selon qui l'opération d'apport se définit par son « but d'affecter le bien apporté à l'objet social ». Cette idée ressort d'ailleurs nettement de la définition que donne l'article 1832 du contrat de société (« La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie... »). Rapp. aussi. G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n°1549, p. 47 qui définissent l'apport – en tant qu'objet de l'opération cette fois – comme « le bien qu'un associé s'engage à mettre à la disposition de la société en vue de l'exploitation ». V. aussi M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.* 32^{ème} éd., n°208, p. 75.

Cette opération est assurément centrale dans le cadre du contrat de société : les associés accepteront en effet de se prendre mutuellement pour associés en considération essentiellement des biens ou de la force de travail qu'ils sont respectivement susceptibles d'apporter à l'entreprise commune. C'est ainsi en général pour le travail ou la richesse qu'il est susceptible d'apporter à l'entreprise projetée qu'une partie se verra proposer par autrui une association. Et si un entrepreneur accepte de partager avec un tiers les bénéfices de l'activité qu'il entend mettre en œuvre, c'est avant tout parce qu'il ne dispose pas seul des moyens nécessaires à mener cette entreprise à bien, et ce sont donc les moyens de réalisation de cette entreprise qu'il recherchera en proposant à ce tiers de s'associer à lui. C'est autrement dit pour les bienfaits que l'entreprise commune pourra tirer des biens ou de la force de travail apporté par chacun que les associés acceptent de faire société. Et en ce sens, l'apport de son partenaire est considéré par certains auteurs comme la cause de l'engagement de chaque associé¹⁷⁰⁹.

Dans le cadre du strict contrat de société, on peut donc supposer que le jeu du rapport de force et de la confrontation des intérêts des parties, couplé au désir de succès de l'entreprise commune dont on peut supposer chaque associé animé, conduira spontanément les associés à affecter par l'apport à l'entreprise commune, les biens dont ils sont riches et qui sont nécessaires à son bon fonctionnement.

592. L'affectation de la valeur des biens apportés à l'entreprise commune, conséquence de l'affectation de leurs utilités – Si l'apport est donc l'opération qui consiste originellement à affecter à l'exploitation de l'entreprise commune les utilités des biens dont les associés sont riches (en ce qui concerne du moins les apports en nature et en numéraire), la personnification de la société accroît la vigueur de l'affectation que réalise l'apport. Car cette affectation des utilités du bien se réalise alors par le biais d'un transfert de propriété au sein du patrimoine social, c'est à dire par son appropriation par une personne juridique dont la finalité même est la poursuite de cette entreprise commune, dont la définition à l'objet social impacte en principe la capacité même de cette personne et le

¹⁷⁰⁹ L'apport de son partenaire constitue, selon une certaine doctrine, la cause même de l'engagement de tout associé. Rapp. H. BLAISE, *L'apport en société*, th. Rennes, 1955, n°183, p. 266 « en tant que coassociée des autres apporteurs, toute personne qui participe à la constitution d'une société accepte que ses coassociés prennent part aux profits de l'exploitation sociale, mais l'attribution de droits sociaux qu'elle leur consent ainsi, trouve sa cause dans les apports qu'ils doivent effectuer ».

pouvoir de ses représentants de l'engager¹⁷¹⁰. Corrélativement, le lien entre l'apporteur et son bien se rompt.

Par ailleurs et surtout, le fait que l'apport entraîne, en cas de personnification de la société, transfert de la propriété du bien au patrimoine social a pour conséquence que l'affectation des utilités du bien apporté emporte mécaniquement une affectation corrélative de la richesse qu'il représente à cette activité. Ainsi compris dans le patrimoine de la société à raison de leur apport à cette dernière, ces biens apportés répondront mécaniquement des dettes nées de son activité.

Dès lors, tandis que l'apport constitue initialement le biais d'affectation des seules utilités des biens des associés à l'activité sociale, cette affectation des utilités emporte incidemment lorsque la société est personnifiée une affectation de la richesse que ces biens représentent à cette même activité.

593. La réalisation d'une stricte et exclusive corrélation entre les biens utiles à l'activité et les biens qui répondent de son passif en SSPRL – Dans les structures à risque limité, il s'agit donc de limiter le gage des créanciers sociaux au seul patrimoine social, lequel est supposé – à suivre la logique initiale mise en évidence – réunir les biens des associés utiles à l'activité sociale.

Aussi, il paraît plus que vraisemblable que ce soit dans cette fonction première et essentielle de l'apport – d'affectation des utilités des biens des associés à l'activité sociale – que réside le fondement de son utilisation dans le cadre des SSPRL, en tant qu'instrument de mesure de la responsabilité des associés.

En instituant l'apport comme mesure de la responsabilité de l'associé, notre système juridique établit non seulement un lien entre l'affectation des utilités des biens et l'affectation de leur valeur, mais donne de surcroît à cette affectation patrimoniale un caractère exclusif : via leur intégration au patrimoine social, seuls les biens des associés utilisés pour l'entreprise commune répondront des dettes que celle-ci fait naître, tandis qu'inversement, les richesses dont les associés ne font pas usage pour

¹⁷¹⁰ Rappr. *supra* n° 94 et s. ; rappelons que l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations était venu consacrer expressément ce principe de spécialité statutaire des personnes morales à l'article 1145 du Code civil par une disposition générale portant que « la capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles » mais la disposition fut finalement supprimée par la loi de ratification du 20 avril 2018.

l'exploitation de cette activité resteront affectées à la garantie des dettes qu'ils souscrivent dans le cadre des autres pans de leur activité juridique respective.

Ce cloisonnement entre ces deux masses de biens, lesquels se trouvent donc ventilés selon l'affectation de leurs utilités, est donc réalisé grâce au mécanisme de la personnification de la société qui conduit à l'intégration au patrimoine social des biens apportés et, par là, à l'affectation de la richesse qu'ils représentent à la garantie des dettes issues de l'activité sociale¹⁷¹¹.

594. Ainsi, via la limitation de la responsabilité des associés à leurs apports, notre système juridique institue un cloisonnement étanche entre deux sortes de masses de biens en fonction de l'affectation de leurs utilités à laquelle se trouve corrélée l'affectation de leur valeur. Par là, les biens dont les utilités sont affectées à l'exploitation de l'activité sociale répondront exclusivement des dettes sociales, tandis que ceux n'ayant pas reçu d'affectation particulière répondront des dettes respectives résiduelles des associés. En cela, l'affectation de la valeur des biens suit l'affectation de leurs utilités et tel constitue donc vraisemblablement la logique primaire essentielle qui structure le régime de limitation de responsabilité des associés.

595. L'inévitable recherche par les associés de moyens de contourner formellement l'opération d'apport – La faiblesse structurelle d'un tel mécanisme réside probablement dans le fait que l'affectation des utilités des biens – et par voie de conséquence de leur richesse – dépend donc exclusivement de l'apport, lequel emprunte la voie d'une déclaration formelle de volonté des associés.

¹⁷¹¹ Bien entendu, on ne saurait se satisfaire de la seule logique de ce mécanisme technique pour expliquer le phénomène. La personnification en est plus vraisemblablement le moyen de réalisation technique, le procédé de mise en œuvre, qui permet de concrétiser, de faire pénétrer sur le plan juridique la solution voulue pour paraphraser R. Perrot (qui définit la technique comme « le procédé de mise en œuvre destiné à atteindre le but recherché par la volonté en la faisant pénétrer sur le plan juridique » *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques, op. cit.* p. 8) laquelle se justifie en son principe par des éléments d'une autre nature. Rapp. F. GENY, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif, Essai critique*, t. 2, LGDJ 1919, p. 86 : « si parfois il paraît utile d'avoir recours aux conceptions et constructions abstraites, l'interprète ne doit pas, en usant de ces procédés, oublier qu'ils le placent en dehors des réalités objectives, qui seules doivent diriger son action; loin de se croire lié par ces conceptions (sauf le cas où la loi écrite les consacre), il doit les tenir pour de pures hypothèses scientifiques, susceptibles sans doute de diriger utilement ses recherches, mais aucunement préétablies dans leur essence, et auxquelles, par conséquent, ne peuvent jamais être sacrifiées les exigences de la vie ». Rapp. encore *Science et technique, op. cit.*, spéc. p. 111 n°39 et s. et n°50, p. 149 : « le concept ne peut être employé que comme un procédé artificiel, à titre de moyen purement technique de mise en œuvre des réalités juridiques, et condition de ne jamais perdre de vue que, si la logique peut parfois aider à organiser la vie, celle-ci lui est supérieure par la multiplicité et la variété de ses exigences ».

Or, l'édiction du principe faisant dépendre du montant de leur apport la responsabilité des associés a mécaniquement pour effet d'inciter ces derniers (toutes choses égales par ailleurs¹⁷¹²) à minimiser le montant de leurs apports¹⁷¹³. Ils le seront d'autant plus que le droit positif foisonne de moyens alternatifs permettant aux associés de mettre les utilités de leurs biens au service de l'activité sociale sans recourir formellement au mécanisme de l'apport, et qu'aucun contrôle de la sincérité de leur affectation ne semble mis en place¹⁷¹⁴. En effet si, comme nous le pensons, le mécanisme de limitation de responsabilité de l'associé trouve son équilibre initial en ce qu'il confie à l'opération d'apport le soin d'identifier les biens utiles à l'exploitation de l'entreprise commune, afin de cantonner à ceux-ci – ainsi qu'aux richesses que l'activité sera susceptible d'engendrer par la suite – le gage des créanciers qui tiennent leur droit du fonctionnement de l'activité sociale, l'effet perturbateur qu'emporta l'édiction de la règle sur les comportements qui sont à la base de sa confection semble avoir été sous-estimé.

En ce sens que si dans le cadre des relations entre les parties à un strict contrat de société, on peut légitimement supposer que le rapport de force en jeu, la confrontation des intérêts et la recherche par les parties du succès de l'entreprise commune sont des circonstances susceptibles de conduire les associés à mettre effectivement au service de cette dernière les biens nécessaires à son succès en empruntant pour cela le mécanisme de l'apport qui est conçu à cette fin, l'érection du principe selon lequel leur responsabilité sera à la mesure de leur apport est une donnée qui vient bouleverser l'environnement en considération duquel la règle est pensée. En effet, l'édiction d'une telle règle tend à modifier les comportements des associés qui seront naturellement incités à faire apport du moins de biens possible à l'entreprise, quitte à utiliser d'autres biais pour mettre au service de l'entreprise commune les biens dont ils sont riches.

Partant, l'édiction de la règle porte le risque de conduire, par sa seule existence, à priver de pertinence le critère de l'apport sur lequel elle repose, en tant que moyen d'identification des biens que les associés affectent à leur entreprise : son édicton

¹⁷¹² V. *infra* n°600 et s.

¹⁷¹³ V. L. NURIT-PONTIER, « La détermination statutaire du capital social, enjeux et conséquences », *D.* 2003, p. 1612 et s.

¹⁷¹⁴ Rapp. *supra* n° 285 et s. et pour une illustration, v. *infra* n° 601 et s.

conduisant presque mécaniquement, en d'autres termes, à fausser le postulat sur lequel la règle repose.

§2. La rupture d'avec la logique initiale

596. La possibilité d'un apport symbolique et le contournement de la logique du mécanisme – Aussi, si l'on peut supposer que le régime de SSPRL s'est construit sur la base du contrat de société, en tirant des conséquences juridiques de l'opération d'apport telle qu'elle se réalisait dans le cadre de ce contrat, la logique initiale qui soutenait cette construction semble désormais rompue.

L'apport procède formellement d'une déclaration de volonté, mais dans le cadre du strict contrat de société, cette déclaration de volonté est supposée être l'expression d'une réalité socio-économique sous-jacente : elle désigne les biens dont les associés entendent affecter les utilités à l'entreprise commune.

La déconnexion progressive des SSPRL de leur cadre sociétaire initial, à laquelle participent largement les tempéraments radicaux apportés aux sanctions supposées garantir les conditions de constitution de telles structures (phénomènes que l'on a eu l'occasion de décrire¹⁷¹⁵), a laissé la matière à l'empire d'un strict formalisme ravageur. Dans le fil de cette évolution, la déclaration de volonté qui réalise l'apport tend à devenir purement discrétionnaire et abstraite.

Aujourd'hui, conformément à une exigence qui ne semble plus relever que d'un rite mystique, d'une révérence superstitieuse aux traditions millénaires, un apport de chaque associé reste requis en son principe pour la constitution d'une structure personnifiée à risque limitée, mais la portée d'une telle exigence ne recouvre souvent rien de plus que cet énoncé formel. Et notre droit positif des SSPRL tend alors à se contenter d'un apport ostensiblement symbolique, tandis que de manière tout autant ostensible, les associés utiliseront d'autres procédés techniques pour réaliser l'opération à laquelle l'apport est supposé servir afin de mettre leurs richesses à disposition de leur entreprise. Ils court-circuitent alors la logique initiale qui fonde et qui justifie le système de limitation de la responsabilité des associés à hauteur de

¹⁷¹⁵ V. *Supra* Partie 2, Titre 1.

leurs apports, sans qu'un tel procédé n'entraîne la moindre réaction de l'ordre juridique¹⁷¹⁶.

La personnification de la société facilite ce contournement en offrant aux associés une large palette de voies pour doter leur entreprise des moyens qui lui sont nécessaires, sans emprunter formellement la voie du mécanisme de l'apport¹⁷¹⁷ : la société étant personnifiée, les associés pourront aisément affecter les utilités des biens dont ils sont riches à l'activité qu'ils lui assignent, en concluant avec elle toutes sortes de contrat ayant pour objet la mise à sa disposition de ces biens (contrat de prêt, de location, etc.)¹⁷¹⁸.

597. L'absence en SSPRL de mécanisme de contrôle de l'affectation effective – À titre de comparaison, on remarque que le mécanisme de l'EIRL, qui semble avoir été conçu sur la base de cette semblable logique de corrélation de l'affectation des utilités des biens et d'affectation de leur valeur dans la perspective de limiter la responsabilité professionnelle des entrepreneurs aux seuls biens utilisés pour leur activité, fut initialement assorti d'une possibilité de contrôle judiciaire de la sincérité des déclarations d'affectations sanctionné par la déchéance du bénéfice de séparation des patrimoines de l'entrepreneur¹⁷¹⁹. Le législateur est toutefois venu très récemment briser cette logique originelle en supprimant cette sanction d'une méconnaissance des règles d'affectation¹⁷²⁰. De même, animée par une logique semblable, la mesure de protection de l'entrepreneur individuel consistant à lui permettre de soustraire aux poursuites des créanciers professionnels les biens immobiliers qui ne sont pas affectés à son activité professionnelle¹⁷²¹ voit bel et bien son efficacité conditionnée à la réalité de l'affectation déclarée¹⁷²².

¹⁷¹⁶ Rappr. *supra* n° 285 et s. et pour une illustration, v. *infra* n° 601 et s.

¹⁷¹⁷ La personnification de la société permet en effet aux associés de lui faire profiter des utilités des biens qu'ils auraient sinon apportés par l'intermédiaire de contrats de prêts, de location, etc..

¹⁷¹⁸ V. not. L. NURIT-PONTIER, « La détermination statutaire du capital social ... », *art. cit.* : « Il n'est pas rare, en effet, que les créateurs de sociétés optent, de manière délibérée, pour un capital très inférieur au volume des activités de la société, les comptes courants d'associés venant au secours du besoin réel de financement ».

¹⁷¹⁹ V. art. L. 526-12 et L. 621-2 du Code de commerce, à rappr. avec L. 526-6, dans leur rédaction antérieure à la loi PACTE du 22 mai 2019.

¹⁷²⁰ V. loi n°2019-486 du 22 mai 2019 - art. 7.

¹⁷²¹ Depuis la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, portant réforme des articles L 526-1 et s. du Code de commerce, l'immeuble où est situé la résidence principale de l'entrepreneur est soustrait, de droit, aux poursuites de ses créanciers professionnels ; et ses droits sur les biens immobiliers que l'entrepreneur n'a pas affectés à son activité professionnelle peuvent être également soustraits aux poursuites des créanciers professionnels si l'entrepreneur fait une déclaration en ce sens. V. « L'insaisissabilité des actifs

Dans le cadre du droit positif des SSPRL, il semble au contraire tout à fait loisible aux associés d'affecter à leur activité les utilités des biens qui lui sont nécessaires en empruntant d'autres voies que celle de l'apport, évitant par là les conséquences que la loi attache à cette voie d'affectation du point de vue de leur responsabilité¹⁷²³.

Ainsi que l'on a eu l'occasion de le voir en effet, les concepts de société fictive ou d'apport fictif n'ont, en l'état du droit positif, nullement vocation à sanctionner l'hypothèse d'un apport purement symbolique qui serait sans rapport avec les besoins de financement de l'activité, non plus qu'avec son financement effectif que les associés réaliseraient par d'autres biais¹⁷²⁴.

598. La suppression du garde-fou que constituait l'exigence de capital minimal –

Aussi, un temps, l'exigence de capital social minimal, commune en son principe à toutes les SSPRL, a pu jouer le rôle de pis-aller, contraignant les associés de ces structures à utiliser un tant soit peu le mécanisme de l'apport pour doter leur activité des moyens qui lui sont nécessaires. Mais la suppression de cette mesure au sein des deux formes de SSPRL les plus courantes en pratique, que sont la SARL et la SAS¹⁷²⁵ (le projet de sa

immobiliers », in M.- P. DUMONT-LEFRAND et C. LISANTI (dir.), *Le patrimoine de la personne physique à l'épreuve des procédures collectives : quels nouveaux enjeux ?*, Actes du colloque tenu le 29 mai 2015 à la Faculté de Droit et Science Politique de Montpellier, LexisNexis, 2016 ; L. LAUVERGNAT, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *Dr. et proc.* juin 2015, chron. 110 ; F.-X. LUCAS, « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » intéressant le droit des entreprises en difficulté », *Bull. Joly Entreprises en difficulté* sept. 2015, p. 317.

¹⁷²² En ce sens que perdra son caractère insaisissable l'immeuble qui, bien qu'ayant fait l'objet d'une déclaration d'affectation à l'usage domestique, vient en réalité à être effectivement employé pour l'activité professionnelle de l'entrepreneur (v. par exemple S. LÉBOVICI, « La déclaration d'insaisissabilité par l'entrepreneur individuel », *Dr. et patr.* mars 2010, p. 49 et s., spéc. p. 51).

¹⁷²³ Un temps une capitalisation insuffisante de la société pouvait être considérée par les tribunaux comme une faute de gestion du dirigeant susceptible d'emporter la mise en cause de sa responsabilité, mais une telle solution qui tendait à reprocher au dirigeant social un état de fait auquel il est *ès qualités* parfaitement étranger, a fort logiquement été abandonnée. V. *infra* n°606.

¹⁷²⁴ V. *supra* n° 284 et s. Rapp. Cass. com. 18 nov. 1986 (*Rev. sociétés*, 1987, p. 581 et s., note. I. URBAIN-PARLEANI ; *JCP* 1987, II, 20806, note M. JEANTIN ; *D.* 1987, Somm., p. 389), qui censure l'arrêt d'appel ayant manifestement soumis au régime de l'apport, l'avance en compte courant du repreneur de la société qui avait acquis la totalité des parts contre la somme d'un franc symbolique et la promesse d'une avance en compte-courant de quatre millions. La Cour d'appel, traitant ces sommes comme des apports en numéraires, avait rejeté la demande du repreneur en remboursement lors de la procédure de liquidation judiciaire de la société. L'arrêt d'appel est cassé par la Cour de cassation qui donne simplement foi à la volonté manifeste des parties de soumettre le financement considéré au régime du prêt.

¹⁷²⁵ V. not. sur ces réformes Th. MASSART, « Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital de un euro », *Bull. Joly Sociétés*, 2002, p. 1361, § 289 ; L. JOBERT, « La SARL à un euro : un coup d'épée dans l'eau ! », *Dr. sociétés*, 2003, Repères n° 3 ; A. MARTIN-SERF, « La loi pour l'initiative économique : des fausses pistes pavées de bonnes intentions », *RJ com.*, 2004, p. 75 ; A. LIENHARD, « Loi pour l'initiative économique : quoi de neuf pour les sociétés ? », *D.*, 2003, p. 1900 ; S. REIFEGERSTE, « La société à responsabilité limitée après la loi du 1er août 2003 pour

suppression au sein des deux formes restantes que sont la SA et la SCA est fréquemment discuté, et tout laisse à croire qu'il finira par se réaliser¹⁷²⁶) a révélé le dévoilement criant du système de limitation de responsabilité des associés, rendu possible par l'état d'errance conceptuelle de la matière¹⁷²⁷. En effet, « la liberté laissée aux associés de déterminer le capital social minimum de la SARL s'accompagne de la liberté de ces mêmes associés de fixer la portée de leur engagement vis-à-vis des tiers. Désormais autorisés à retenir le capital social de leur choix, ces derniers peuvent, en retenant un capital extrêmement faible, limiter au maximum leur engagement vis-à-vis des créanciers de la société »¹⁷²⁸. Les associés n'étant contraints d'affecter par le biais de l'apport ni les biens que leur destination effective désigne comme mis au service de l'entreprise, ni un montant minimal de richesse, ils apparaissent parfaitement libres de fixer de manière totalement discrétionnaire le seuil de leur responsabilité. Aussi, la pratique consistant pour les associés à doter leur structure d'un montant de capital social purement symbolique¹⁷²⁹, et donc

l'initiative économique : quelles innovations pour quel avenir ? », *LPA* 2003, n° 259, p. 10 ; T. MASSART, « La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus », *Bull. Joly* 2008, p. 632 et s.

¹⁷²⁶ Les arguments ayant conduit à l'abandon de cette exigence en SARL et en SAS étant *a priori* tout autant valables en matière de SA et de SCA. Aussi voit-on fréquemment émerger l'idée de la suppression de cette exigence dans ces deux formes de société, v. not. sur ces questions, P. LE CANNU, « Le financement du capital, La révision de la deuxième directive » *Revue des sociétés* 2005 p.13 ; G. PARLEANI, « Réflexions sur l'utilité de la notion et son devenir », *Revue des sociétés* 2005, p. 19 (selon ce dernier auteur, « le capital ne sert à rien, mais il n'est pas gênant, et c'est pour cela qu'on le garde »).

¹⁷²⁷ Rapp. *supra* n° 284 et s.

¹⁷²⁸ L. NURIT-PONTIER, « La détermination statutaire du capital social... », *art. cit.*

¹⁷²⁹ Il est délicat d'évaluer l'importance de cette pratique. Un auteur affirme – sans plus de précision – qu'elle demeure marginale (J. LEDAN, « Nouveau regard sur la notion d'associé », *Dr. sociétés* 2010, étude 14, spéc. n°7), un autre au contraire, qu'elle tend à se développer (T. MASSART, « La société sans apport », *art. cit., spéc.* p. 290). On observe en tout cas, grâce à la banque de donnée Diane (<https://www.bvdinfo.com/fr-fr/our-products/company-information/national-products/diane>), qu'en février 2018, sur les 1 686 327 sociétés à risques limités recensées, 7 112 étaient dotées d'un capital social inférieur à 10 € ; 20 599 d'un capital inférieur à 100 €. On suspecte évidemment que dans ces hypothèses, les quelques euros apportés soient sans rapport aucun avec les besoins de l'entreprises. Et pour illustrer ces statistiques, on pourrait évoquer la SAS Pepsico Management Services (Siren n°517 598 231) dotée d'un capital d'un euro pour un chiffre d'affaire en 2016 de 11 035 046 €, ou encore parmi les anonymes, l'EURL « Solaire les Mees I », (Siren n°501 557 177), dont l'activité de « construction et d'exploitation d'une unité de production électrique solaire », généra un chiffre d'affaire de 6 331 900 € en 2016, activité pourtant financée par un apport d'un seul euro ; ou enfin, la SASU Alberta SAS (Siren n°788 951 127), dont l'activité est le négoce d'aéronefs qui dégagera un chiffre d'affaire de près de 15 millions d'euros en 2016, pour un capital d'un euro encore.

V. encore pour des statistiques plus anciennes, le rapport Observatoire des SARL « initiative économique », *Bilan de l'année 2005*, Etudes du greffe du Tribunal de commerce de Paris, p. 1, cité par S. SCHILLER, « Bilan très positif des SARL à moins de 7500 € de capital social », *Gaz. Pal.* 27 déc. 2007, p. 3961 et s. Rapp. également P. et Ph. DIDIER, *op. cit.*, n°73, p 66 « Il est fréquent, dans les entreprises petites ou moyennes, que les associés constituent leur société avec un capital faible et complètent ses ressources par des avances en compte (...). Ces avances peuvent être circonstancielles et temporaires. Elles ont souvent un caractère quasiment permanent et constituent l'instrument d'une politique financière délibérée. Elles sont prévues dans les statuts de la société. Elles sont le fait de

d'apports purement symboliques¹⁷³⁰, en utilisant d'autres biais pour réaliser le financement de leur activité – et se ménageant ainsi une potentielle irresponsabilité totale – que rien ne semble neutraliser en droit positif¹⁷³¹, apparaît tout à la fois comme le révélateur de cette errance et comme un facteur évident du déséquilibre structurel de la mesure de limitation de responsabilité des associés telle que l'organise notre système juridique.

599. Nous avons déjà eu l'occasion d'observer que les outils conceptuels censés gouverner la matière ne sont, en l'état du droit positif, d'aucun secours pour neutraliser la pratique permettant aux associés de constituer leur SSPRL d'un montant de capital purement symbolique¹⁷³². Il convient de se pencher désormais plus avant sur les modalités de réalisation d'une telle pratique, en tâchant de montrer plus précisément les avantages que les associés peuvent en tirer, ainsi que le peu d'obstacle qu'elle rencontre.

§3 Les avantages tirés d'un financement de l'activité par les voies alternatives au capital social

600. Le montage consistant pour les associés à ne pas faire emprunter au financement de leur entreprise la voie naturelle de l'apport – et qui peut se réaliser de manière outrancière depuis la suppression de l'exigence de capital social minimal dans certaines SSPRL – conduit à la rupture manifeste de la corrélation initiale entre l'affectation de l'utilité des biens et l'affectation de leur valeur sur laquelle semble avoir été construit le

chaque associé. Elles sont proportionnées à l'apport de chacun. Leur montant est souvent bien plus élevé que celui du capital ».

¹⁷³⁰ Le capital social n'est constitué que des apports en nature et en numéraire. Un capital social nul correspondra donc en principe à un défaut d'apport de ces types. Mais on remarquera toutefois que l'apport en industrie n'étant pas pris en compte dans la détermination du capital social, il serait théoriquement possible qu'une société soit dotée d'un capital social nul alors pourtant que l'ensemble des associés fourniraient un véritable apport en industrie. (V. plus généralement sur l'absence de corrélation nécessaire entre apport et capital social, notamment, H. LE NABASQUE, « La fin de la connexion apports/capital ? » in *Quel avenir pour le capital social, op. cit.*, p. 103 et s.). Bien qu'une telle hypothèse semble purement théorique, on peut admettre qu'elle puisse exceptionnellement se réaliser. En règle générale toutefois, une structure sociale dotée d'un capital social symbolique, témoignera en pratique d'une société constituée sans apports ou formellement, dotée d'apports en numéraire symboliques.

¹⁷³¹ On pourrait faire observer ici qu'en droit américain, la capitalisation trop faible constitue un cas de « piercing of the veil », « autrement dit comme une circonstance de levée de la limitation de la responsabilité des dirigeants ou des actionnaires majoritaires » (P. et Ph. DIDIER, *op. cit.* p 157)

¹⁷³² V. *supra* n° 284 et s.

ystème de limitation de responsabilité. Le recours à cette sorte de montages permet aux associés de se soustraire à toute responsabilité.

Après en avoir montré les avantages de principe pour les associés (A) nous verrons que sa réalisation ne rencontre aucun obstacle de taille, et qu'elle peut même, au contraire, être encouragée par les partenaires puissants de la société (B).

A. Les avantages d'une sous-capitalisation compensée par l'emprunt du point de vue de la responsabilité des associés

601. Le financement de l'activité par les associés directement via un contrat de prêt – Par la souscription de titres de créance par exemple¹⁷³³, ou encore simplement par des avances de fonds en compte courant¹⁷³⁴ – qui ne sont que deux dérivés du contrat de prêt – les associés eux mêmes auront la possibilité de doter la société des fonds que son activité réclame une fois celle-ci créée, en échappant alors à la mise en jeu de ces richesses par l'opération d'apport¹⁷³⁵. Ce sera en qualité de prêteur qu'ils financeront l'activité sociale et non d'apporteur¹⁷³⁶, statut naturellement plus avantageux d'un point de vue juridique.

Le prêteur occupe en effet à l'évidence une position structurellement moins risquée que l'associé car son droit à restitution des sommes utiles au financement de l'activité est, contrairement à celui de l'associé, juridiquement certain. La créance de restitution de l'apport dont dispose quant-à-lui l'associé est, dit-on, aléatoire ou « hipochyrographaire » : il ne pourra la faire valoir qu'après désintéressement des créanciers chirographaires et, *a fortiori*, de ceux de rang supérieur¹⁷³⁷. En sa qualité de prêteur, l'associé viendra au contraire en concours à égalité avec les autres créanciers chirographaires de la société pour se voir restituer le montant de son financement de l'activité sociale¹⁷³⁸. De plus, on pourrait remarquer que le prêt offre d'autres avantages, comme la possibilité d'une rémunération par un intérêt fixe ou

¹⁷³³ On sait que le législateur autorise désormais les SARL à émettre des obligations. V. par ailleurs à propos du mouvement de libéralisation et de diversification des titres de créance qui favorise le développement de leur utilisation : F. NIZARD, « Le capital hybride innovant : aspects juridiques et internationaux », *Rev. droit bancaire et financier*, 2006, n°1, p. 47 ; M. ALCAZAR, « Le capital hybride : un nouveau marché en plein essor sur le Vieux Continent », *Les échos*, 2 janvier 2006, p. 26.

¹⁷³⁴ V. K. RODRIGUEZ, « L'apport en numéraire et l'apport en compte courant », *Journal des sociétés*, sept. 2013, p. 46 et s.

¹⁷³⁵ V. not. L. NURIT-PONTIER, « La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences », *D.* 2003, p. 1612 et s., not. p. 1613 : « Il n'est pas rare, en effet, que les créateurs de sociétés optent, de manière délibérée, pour un capital très inférieur au volume des activités de la société, les comptes courants d'associés venant au secours du besoin réel de financement » ; P. LE CANNU, « Les rides du capital social », in *Quel avenir pour le capital social*, *op. cit.*, p. 3 et s., spéc. p. 7 ; T. MASSART, « La société sans apport », *art. cit.*, spéc. p. 307. Rapp. également J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.* 1993, p. 705 et s. spéc. n°36, p. 720. V. M. GÉNINET, « Les quasi-apports en société », *Rev. sociétés* 1987, p. 25 et s.

¹⁷³⁶ Rapp. A. COURET, « Dépendance ou indépendance des qualités d'associé et d'apporteur en compte courant », *BJS* 1992, p. 7.

¹⁷³⁷ V. Th. MASSART, « Société (Contrat de) », *Rép. Sociétés*, Dalloz, 2006, n° 93.

¹⁷³⁸ Rapp. I. URBAIN-PARLÉANI, *Les comptes courants d'associé*, préf. C. GAVALDA, LGDJ 1986, p. 258 et s. ; K. RODRIGUEZ, « L'apport en numéraire et l'apport en compte courant », *art. cit.*, spéc. p. 51.

encore, lorsqu'il prend la forme d'une avance en compte courant notamment, la possibilité de se faire rembourser à tout moment¹⁷³⁹.

602. Le financement de l'activité par un emprunt bancaire garanti par les associés – Alternativement, les associés pourraient constituer la société en la dotant d'un apport symbolique et en finançant cette fois-ci son activité par le recours à des emprunts souscrits par la société auprès d'établissements de crédit, quitte à ce que les associés affectent à la garantie de ces dettes les richesses qu'ils auraient été prêts à apporter à la société. Un tel biais reste bien plus avantageux pour les associés que l'apport des richesses dont la société a besoin.

Pour s'en convaincre, comparons deux opérations de constitution et de financement de société qui utiliseraient chacune l'une de ces techniques.

Dans un premier cas, empruntant la voie classique, deux individus qui souhaitent mener une activité nécessitant cent euros de financement font apport de ces cent euros issus de leur patrimoine personnel à la société qu'ils créent.

En cas d'échec de leur entreprise et de « faillite » de leur société, le mécanisme de limitation de responsabilité leur permet de limiter leur perte aux cent euros initialement apportés. Par hypothèse, leur perte se chiffrera donc à cette somme lorsque jouera le mécanisme de limitation de responsabilité.

Dans un second cas de figure, les associés créent la société sans apport (ou avec un apport purement symbolique) et font alors souscrire à celle-ci un emprunt à hauteur de cent euros. Naturellement, le prêteur exigera pour accorder ce crédit à la société naissante et sans actif de nombreuses garanties¹⁷⁴⁰. Par hypothèse, lui seront consentis le cautionnement solidaire¹⁷⁴¹ des associés (et/ou la constitution de sûretés réelles sur leurs biens personnels), ainsi qu'une ou plusieurs sûretés réelles grevant les biens sociaux acquis grâce aux fonds prêtés.

Dans cette seconde hypothèse, en cas de faillite de la société, les associés seront certes tenus personnellement en qualité de caution à payer cent euros à la banque (ou

¹⁷³⁹ V. J. MESTRE et D. VELARDOCCHIO (dir.), *Lamy sociétés commerciales*, n°2430 ; K. RODRIGUEZ, *art. cit.*

¹⁷⁴⁰ Sur l'intérêt de la banque de recourir à ce type de montage, v. *infra* n°619.

¹⁷⁴¹ Dans l'hypothèse où la caution est directement intéressée à une opération de crédit commercial, le cautionnement devient commercial et partant, solidaire, v. P. et Ph. DIDIER, *op. cit.*, n°324, p. 262 ; J. P. LEGROS, v° « Cautionnement des sociétés par leurs dirigeants ou leurs associés », in *J. Class. Sociétés traité*, fasc. 36-50 spéc. n°6 et s. ; A. PIEDELIÈVRE, « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz Pal.* 1982, 1, doctr. p. 85.

subiront l'action de la banque sur le bien qu'ils ont affecté en garantie de la dette de la société), mais ils seront dès lors subrogés dans les droits de celle-ci et admis par conséquent, en qualité de créanciers subrogés, à la procédure collective de leur propre société¹⁷⁴². Ils viendront alors en concours avec les créanciers sociaux pour se répartir l'actif social. Plus encore, ils bénéficieront, grâce à la subrogation, des sûretés et privilèges dont la banque était titulaire. De ce fait, les associés subrogés primeront vraisemblablement de nombreux créanciers sociaux simplement chirographaires¹⁷⁴³. Et l'on comprend ainsi que, compte tenu du rang auxquels ils accèdent, leur chance de récupérer une partie tout au moins de la somme qu'ils ont dû déboursier, comme dans la première hypothèse, s'accroît nettement. Aussi, en qualité de créancier subrogé – surtout si la société emprunteuse avait consenti des sûretés au prêteur aux droits duquel ils viennent – les associés récupéreront très probablement (plus probablement en tout cas) une partie des cent euros dont ils se sont dans un premier temps appauvris en qualité de garant.

Leur perte, *in fine*, sera donc inférieure à celle subie dans la première hypothèse, pour un financement de la société équivalent ; à tout le moins viennent-ils à la procédure collective avec un bien meilleur rang !

Ainsi, de ces deux techniques envisagées, qui permettent un financement égal de l'activité sociale, la seconde est certainement de beaucoup, la plus avantageuse pour les associés.

603. Le fait que l'apport soit, dans les structures sociales à responsabilité limitée, la mesure du risque couru par les associés, incite donc mécaniquement ceux-ci à minimiser autant que possible leurs apports, quitte à assurer le financement de l'activité ensuite, une fois la société constituée, en qualité de prêteur ou de garant des prêts que la société souscrira. Or, faute pour le droit positif d'exiger des associés qu'ils usent du canal de l'apport pour financer leur activité, ils sont libres d'employer à cette fin toute autre voie détournée leur permettant de se soustraire à leur responsabilité structurelle. Tirant alors

¹⁷⁴² Nous n'envisageons ici que le recours subrogatoire et non le recours personnel dont disposent les associés-cautions par souci de simplicité, ce recours ayant la particularité de les faire profiter des sûretés et privilèges dont bénéficiait le prêteur. Mais si tel est leur intérêt, les associés-cautions peuvent naturellement prétendre à user de leur recours personnel contre la société débiteur principal.

¹⁷⁴³ Dans l'hypothèse où la banque ne se serait pas fait consentir de sûretés réelles, les associés viendraient à la procédure en tant que créanciers chirographaires (ils sont subrogés dans les droits de la banque qui avait cette qualité), statut toujours plus enviable que celui d'« hypochirographaires ».

tous les profits de l'activité sociale en leur qualité d'associé acquise à peu de frais – un simple montant symbolique –, ils peuvent se soustraire à ses risques, se prévalant en cas de pertes, de leur qualité de créancier¹⁷⁴⁴.

B. Les éventuels obstacles à la stratégie de contournement de l'apport

604. Cela étant dit, certains obstacles, certains inconvénients à cette stratégie de sous-capitalisation compensée par l'emprunt ont pu être relevés. Il convient de les présenter d'un mot bien qu'à notre sens, aucun ne paraisse véritablement de nature à entraver cette pratique¹⁷⁴⁵. Parmi ceux qui peuvent être envisagés, on en évoquera de trois ordres : tout d'abord strictement juridique (1), puis fiscal (2), enfin économique (3).

1. Les obstacles et inconvénients de nature strictement juridique

605. Responsabilité du banquier – Tout d'abord, on sait qu'une jurisprudence tendait jusqu'à récemment, à sanctionner les banquiers dispensateurs de crédits ruineux ou de soutiens abusifs¹⁷⁴⁶. Dans le prolongement de celle-ci, les juges vinrent à engager la responsabilité du banquier à raison de la disproportion du crédit accordé avec les fonds propres de la société¹⁷⁴⁷.

Or, de manière évidente, une telle solution pourrait compromettre la stratégie décrite plus haut (consistant à assurer exclusivement le financement d'une SSPRL dotée d'un capital symbolique par l'emprunt bancaire), faute pour les associés de trouver un banquier acceptant de prendre le risque d'une condamnation pour avoir financé une structure sous-capitalisée. Mais cette jurisprudence fut précisément désavouée à peine deux ans après la suppression de l'exigence de capital minimal en SARL, et trois ans

¹⁷⁴⁴ Rappr. M. JEANTIN, note sous Cass. com. 18 nov. 1986, *JCP* 1987, II, 20806.

¹⁷⁴⁵ V. pour une présentation détaillée de la stratégie de sous-capitalisation compensée par l'endettement, H. KRUGER, *Liberté de gestion et endettement des entreprises en droit fiscal*, LGDJ, 2007, préf. P DIBOUT, spéc. p. 237 et s.

¹⁷⁴⁶ V. J. LASSERRE CAPDEVILLE, N. ERESEO, J.-Ph. KOVAR, M. MIGNOT, R. ROUTIER et M. STORCK, *Droit bancaire*, 1^{ère} éd., Dalloz 2017, n°1269 et s., p. 703 et s.

avant l'extension de cette mesure aux SAS, par la loi de sauvegarde des entreprises venant consacrer l' « irresponsabilité du prêteur »¹⁷⁴⁸.

606. Responsabilité du dirigeant – C'est ensuite le dirigeant social (de droit ou de fait) qui a pu voir, un temps, sa responsabilité retenue par les tribunaux à raison de la « sous-capitalisation » de la structure. Bien entendu, une telle sanction est insusceptible de remettre en cause la validité de la SSPRL dotée d'un capital dérisoire ou de rétablir l'équilibre dans le mécanisme de limitation de responsabilité des associés. Elle constitue toutefois un obstacle manifeste à la mise en pratique d'une stratégie de « sous-capitalisation », dès lors que les associés éprouveront quelques difficultés à trouver un dirigeant acceptant de prendre les rennes d'une telle structure.

Cette solution jurisprudentielle paraît toutefois aujourd'hui définitivement abandonnée pour des raisons qui semblent relever de l'évidence. Elle était en effet prononcée sur le fondement de la faute de gestion du dirigeant dans le cadre d'une action en comblement de passif¹⁷⁴⁹. Or la « sous-capitalisation » de la société n'est le fait que des associés et échappe entièrement aux pouvoirs du dirigeant, de sorte que la caractérisation d'une « faute de gestion » de sa part s'avérait largement artificielle. Et c'est ce raisonnement qu'a finalement suivi la Chambre commerciale dans son arrêt du 10 mars 2015 qu'il est tentant d'analyser comme signant l'abandon définitif de cette jurisprudence en son principe fort contestable¹⁷⁵⁰.

¹⁷⁴⁷ V. not. Cass. Com. 8 oct. 1991, n°89-11230, *D.* 1993, p. 356, note D. MAGNIN ; v. également CA GRENOBLE, 14 mai 1992, *JCP E* 1992, pan., p. 267, n°826, cité par *Dict. Lamy Droit du financement*, 2017, n°430 p. 232.

¹⁷⁴⁸ C'est par la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises que fut introduit l'article L650-1 du Code de commerce qui affirme désormais un « principe d'irresponsabilité civile en faveur du prêteur » (J. LASSERRE CAPDEVILLE, N. ERESEO, J.-Ph. KOVAR, M. MIGNOT, R. ROUTIER et M. STORCK, *op. cit.*, n°1284 et s. p. 709 et s. ; v. également, D. VIDAL, « La responsabilité civile du banquier dans la faillite de son client » *RD bancaire et fin.*, nov.-déc. 2006, p. 87 et s. ; et faisant état de quelques réserves quant à la véritable portée de la réduction de la responsabilité du dispensateur de crédit, S. SCHILLER, *art. cit.*, spéc. n°4 et s., p. 3961 et s.). Rapp. à propos du délitement des risques encourus par le prêteur sur le terrain de l'obligation de mise en garde, S. SCHILLER, *art. cit.*, spéc., n°6 et s., p. 3962.

¹⁷⁴⁹ Désormais « d'insuffisance d'actif » (art. L. 651-2 et s. du Code de commerce) ; v. not. Cass. Com. 19 mars 1996, n° 94-12.004, *Rev. sociétés* 1996, p. 840, note T. BRUGUIER ; *Bull. Joly* 1996, p. 614, note A. COURET ; Cass. com., 23 nov. 1999, *RJDA*, 2000/4, p. 361, n° 457 ; CA Aix-en-Provence, 16 mai 2001 : *Juris-Data*, n° 145014 ; *RD bancaire et financier*, 2001, n° 192, obs. F.-X. Lucas ; *RJDA*, 2002/4, p. 353, n° 416 ; *BRDA*, 2002/1, p. 9, n° 7.

¹⁷⁵⁰ Cass. com. 10 mars 2015, n° 12-15.505, *D.* 2015. Actu. 678, obs. A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2015, p. 406 et s. , obs. L.C. HENRY ; *ibid.* 468, note D. PORACCHIA ; *JCP E* 2015. 1261, note B. DONDERO ; *Act. proc. coll.* 2015, no 107, obs. J. VALLANSAN ; *Gaz. Pal.* 8-12 mai 2015, p. 14, obs. ZATTARA-GROS ; *RLDA* mai 2015. 18, obs. VOINOT ; *Dr. sociétés* 2015, n° 117, note LEGROS ; *RJDA* 2015, n° 452 ; *LPA* 11 juin 2015, note GARAUD ; *Bull. Joly* 2015, p. 244, note I.

607. Inconvénient du point de vue de la fonction organisationnelle des apports –

On pourrait enfin à la marge observer que le recours à un tel montage consistant à doter la société d'un montant de capital symbolique pour en assurer par d'autres biais le financement aurait ceci d'embarrassant qu'elle priverait les associés du bénéfice de la fonction « organisationnelle » du capital. En effet, traditionnellement, le capital social constitue la clé de répartition des droits des associés. Or, à n'apporter à la structure qu'une somme symbolique, les associés se privent du jeu de cette fonction structurante du capital social.

Cet inconvénient reste à l'évidence bien relatif. Afin de retrouver une répartition de leurs droits proportionnelle aux contributions de chacun, il suffira aux associés de proportionner leur apport symbolique respectif à l'importance de leur financement effectif¹⁷⁵¹. De surcroît, on sait que le capital tend à ne devenir plus « qu'un paramètre de calcul par défaut »¹⁷⁵² et que les associés disposent par voie statutaire d'une grande liberté de manœuvre pour répartir les droits sociaux comme ils l'entendent, la répartition proportionnelle prévue à l'article 1843-2 du Code civil étant une règle supplétive¹⁷⁵³.

2. Les mesures fiscales de lutte contre la sous-capitalisation

PARACHKEVOVA. Le dirigeant peut néanmoins voir sa responsabilité engagée, selon un arrêt du 12 juillet 2016, s'il ne tente pas d'obtenir une augmentation du capital social si elle s'avère nécessaire à la survie de la société (Cass. com. 12 juill. 2016, n° 14-23.310 *Revue des sociétés* 2017, p.44, note J. HEINICH).

¹⁷⁵¹ Ainsi, si deux associés comptent doter leur société de 100 € par le biais de prêts, l'un prêtant 70, l'autre 30, il leur suffira de convenir que le premier fera apport à la société de 70 centimes, l'autre de 30 centimes, pour voir leurs droits dans la société proportionnel au financement dont ils la dotent respectivement.

¹⁷⁵² T. MASSART, « La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus », *Bull. Joly* 2008, p. 632 et s., citant *Rep. sociétés Dalloz*, v. « Capital social », par S. DANA-DEMARET (1994), n° 14.

¹⁷⁵³ P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.* 7^{ème} éd., n°1294, p. 871 ; *Rep. droit des sociétés*, Dalloz, « Capital social » par A. LECOURT, n°23.

608. Ensuite, il est possible d'observer que le droit fiscal, après une longue période de faveur à l'endettement¹⁷⁵⁴, s'est aujourd'hui doté d'une très complexe « machine de guerre »¹⁷⁵⁵ destinée à lutter contre la sous-capitalisation et susceptible partant de faire échec aux stratégies envisagées¹⁷⁵⁶.

609. L'article 212 du CGI – Présentation – Pour être aussi schématique que le permet un mécanisme d'une inintelligibilité rare, il s'agit en substance de refuser à une société que soient déduits de ses résultats imposables¹⁷⁵⁷ les intérêts qu'elle verse aux sociétés du groupe auquel elle appartient¹⁷⁵⁸ pour la fraction dépassant un certain seuil, lequel se détermine notamment en fonction de l'importance de ses capitaux propres¹⁷⁵⁹.

Sont par ailleurs désormais assimilés aux intérêts versés aux sociétés du groupe les intérêts versés à des « entreprises non liées » en rémunération d'emprunts garantis par des entreprises liées¹⁷⁶⁰.

Grossièrement, le dépassement du seuil considéré traduit un recours anormal à l'emprunt et ce recours exagéré est lui-même le signe d'une sous-capitalisation, la dotation insuffisante en apports rendant nécessaire cet endettement.

Ce recours excessif à l'emprunt rémunéré est perçu d'un mauvais œil par le législateur fiscal qui y voit d'abord un moyen de réduction artificiel de la surface taxable, les intérêts rémunérant l'emprunt étant en principe fiscalement déductibles, contrairement aux dividendes rémunérant le capital. Aussi cherche-t-il à neutraliser

¹⁷⁵⁴ V. C. DAVID, « La faveur fiscale traditionnelle pour l'endettement », in A. SAYAG et M. JEANTIN (dir) *L'endettement, mode de financement des entreprises*, Litec, 1997 ; M. COZIAN, « Sous-capitalisation et fiscalité », *RJ com.* 2001, p 244.

¹⁷⁵⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op.cit.*, n°579, p. 253.

¹⁷⁵⁶ V. not. L. NURIT-PONTIER, « La détermination du capital social... », *art. précit.*, spéc. p. 1613, note 6.

¹⁷⁵⁷ Ou, plus exactement selon un auteur de « différer la déduction des intérêts excédentaires » (P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, 16^{ème} éd, Dalloz, 2017, n°611, p. 439).

¹⁷⁵⁸ Le texte vise plus exactement les « entreprises liées directement ou indirectement au sens du 12 de l'article 39 », lequel dispose notamment que « des liens de dépendance sont réputés exister entre deux entreprises :

a-lorsque l'une détient directement ou par personne interposée la majorité du capital social de l'autre ou y exerce en fait le pouvoir de décision ;

b- lorsqu'elles sont placées l'une et l'autre, dans les conditions définies au a, sous le contrôle d'une même tierce entreprise ».

¹⁷⁵⁹ V. not. pour la description détaillée de ce mécanisme figurant à l'article 212 du Code général des impôts (CGI), D.GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, 6^{ème} édition, 2015, n°541 et s. , p. 318 et s. ; P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, 2017, 16^{ème} éd., n°611 et s., p. 439 et s ; *Mémento fiscal Francis Lefebvre*, 2017, n°35865 et s ; E. DION et D. AFFEJEE, « Les LBO à l'épreuve des nouvelles règles de sous-capitalisation », *BF Francis Lefebvre*, 3/06, p. 231 ; F. PERROTIN, « Sous-capitalisation des entreprises : les nouvelles règles du jeu fiscal », *LPA* 16 juillet 2007, n°141, p. 3.

¹⁷⁶⁰ Art. 212 II, 3, introduite par la loi de finance pour 2011 ; renvoyant à l'article 39, 12 du CGI pour la notion d' « entreprise liée » (v. *supra* note 1758) ; v. D. GUTMANN, *op. cit.* n°555, p. 324 et la note 65 à propos de cette assimilation.

les avantages artificiellement recherchés par ceux qui tenteraient de recourir à cette méthode, en réintégrant la fraction « anormale » des intérêts versés au résultat taxable de la société¹⁷⁶¹. De plus, la pratique d'une sous-capitalisation compensée par un financement par le biais d'emprunts intra-groupes peut poursuivre un but de transfert artificiel de bénéfices entre les sociétés du groupe – ce qui sera particulièrement préjudiciable lorsque le flux en question est dirigé vers une société étrangère¹⁷⁶². La réintégration des intérêts au bénéfice taxable tend donc à neutraliser les avantages fiscaux d'une telle pratique.

610. Portée relative de la dissuasion – Le mécanisme de l'article 212 du CGI n'aborde donc le phénomène de sous-capitalisation que sous un prisme fiscal. Ce n'est évidemment pas la sous-capitalisation en elle-même – pour sa contrariété aux principes du contrat de société ou à l'architecture du mécanisme de limitation de responsabilité – qui se trouve dans le viseur du législateur fiscal, celui-ci ne recherchant à dissuader du recours à ces pratiques ou plutôt à en neutraliser les effets, qu'autant que la sous-capitalisation contrarie les objectifs fiscaux.

Aussi, la portée dissuasive d'une telle mesure à la stratégie de « sous-capitalisation » que nous envisageons doit être nettement relativisée.

Il est à remarquer tout d'abord, que son champ d'application est loin d'être absolu : ce mécanisme ne s'appliquera pas par exemple si les associés prêteurs ou garants sont des personnes physiques, ou encore s'il s'agit de personnes morales qui ne répondent pas à la définition d' « entreprises liées » au sens de l'article 39, 12 du CGI¹⁷⁶³.

Ensuite et surtout, si l'application des dispositions de l'article 212 entraîne certes un coût pour la société, en ce qu'elle interdit la déduction d'une partie des intérêts versés, on fera remarquer que le dividende lui n'est jamais déductible des résultats taxables. Par conséquent l'application du mécanisme ne fait *a priori* qu'anéantir les avantages fiscaux qu'aurait, en l'absence de ce texte, la stratégie de sous-capitalisation, sans pour autant en faire une technique fiscalement désavantageuse.

¹⁷⁶¹ V. D. GUTMANN, *op. cit.* n°542, p. 318 ; F. PERROTIN, « Sous-capitalisation et investissement immobilier : l'optimisation est encore possible », *LPA* 23 juill. 2007, p. 4 ; *Dictionnaire Lamy Sociétés commerciales*, éd. 2017, n°310, p. 141.

¹⁷⁶² V. D. GUTMANN, *op. cit.* n°543 p. 319 et n°549 p. 322, v. aussi la résolution du Conseil de l'UE 2010/C 156/01 du 8 juin 2010.

¹⁷⁶³ V. *supra* note 1758.

Aussi, même dans les hypothèses où cette disposition trouve application, le procédé de sous-capitalisation ne fait que perdre ses avantages fiscaux et devient simplement neutre sur ce terrain (du moins, la primeur à donner à l'une ou l'autre de ces voies de financement variera simplement selon les situations et selon une multitude de paramètres¹⁷⁶⁴)¹⁷⁶⁵.

Or, tant que le mécanisme de l'article 212 n'est pas mis en œuvre, le financement par l'emprunt présente les avantages contre lesquels cette disposition cherche à agir – consistant essentiellement en une réduction de l'assiette taxable de l'impôt sur les sociétés¹⁷⁶⁶ – et qui viennent s'adjoindre à ceux que les associés peuvent attendre sur le terrain de la limitation de leur responsabilité.

Ainsi, d'un point de vue fiscal, les associés ne perdent rien à utiliser la voie d'un financement par l'emprunt, le mécanisme de l'article 212 du CGI ici envisagé ne faisant, tout au plus, qu'en limiter partiellement et ponctuellement les avantages¹⁷⁶⁷.

3. Les inconvénients d'ordre économique

¹⁷⁶⁴ V. not. P. et Ph. DIDIER, n°171, p 155 selon qui, « le recours à l'emprunt est plus avantageux que le financement par fonds propres dès lors que le résultat brut est supérieur aux charges financières de l'emprunt ».

¹⁷⁶⁵ Enfin, on relèvera que notre présentation a, par souci de clarté et de synthèse, passé sous silence les nombreux tempéraments du mécanisme qui en atténuent la portée. Ainsi par exemple, son déclenchement est-il conditionné au dépassement cumulatif de trois seuils et seule la fraction des intérêts dépassant le plus haut de ces seuils sera à réintégrer. Par ailleurs, la réintégration des intérêts n'aura pas lieu si elle est inférieure à 150 000 €, ou encore si la société démontre que son endettement global est inférieur ou égal à celui du groupe auquel elle appartient. V. pour davantage de détails, D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, 6^{ème} éd., LGDJ 2016, n°553, p. 324.

¹⁷⁶⁶ En effet « les frais financiers [sont] déductibles de l'assiette de l'impôt sur les bénéfices alors que les dividendes ne le sont pas » (H. KRUGER, *Liberté de gestion et endettement des entreprises en droit fiscal*, LGDJ, 2007, préf. P DIBOUT, p. 250) ; v. F. PERROTIN, « Sous-capitalisation et investissement immobilier : l'optimisation des encore possible », *LPA* 23 juill. 2007, p. 4

¹⁷⁶⁷ L'analyse du mécanisme de l'article 212 du CGI n'épuise cependant pas, il faut le reconnaître, les aspects fiscaux de la question des voies de financement d'une SSPRL (sur cette question v. H. KRUGER, *op. cit.*, spéc. p. 263 et s.). Un temps le législateur fiscal a semblé mener une politique incitative du financement par le capital (v. *Dictionnaire Lamy Sociétés commerciales*, éd. 2018, n°310, p. 146-147 ; J. P. LE GALL, « Quelques réflexions sur la fiscalité des capitaux propres des sociétés », *Rev. sociétés*, 1986, p. 375 et s.), mais il semble aujourd'hui pour l'essentiel, avoir abandonné cette voie (v. H. KRUGER, *op. cit.*, p. 263 et s.).

Il est en outre parfois observé que « constituer une société avec un capital minimum, avec un financement complémentaire par comptes courant d'associés, peut être dangereux fiscalement dans la mesure où en cas de cession ultérieure des droits sociaux, la plus value imposable sera déterminée à partir de la valeur des titres », (*Dictionnaire Lamy Sociétés commerciales*, préc. n°310, p. 147 ; v. aussi en ce sens, A. LECOURT, *Répertoire Dalloz droit des sociétés*, entrée « Capital social » 2017, n°56 ; L. NURIT-PONTIER, *art. cit.*). En sens inverse, cependant il peut être fait valoir que « le recours à l'emprunt augmente les déficits reportables et permet de limiter l'imposition future. En cas de cession ultérieure, le financement par la dette permet également de diminuer la valeur des titres à

611. On pourrait de prime abord penser chimérique le montage que nous envisageons. S'il doit effectivement conduire les associés à se défaire du risque de l'entreprise, celui-ci se reporte mécaniquement sur les autres parties prenantes ou sur ses partenaires. Or une telle circonstance devrait être de nature à conduire *de facto* la structure au ban des relations économiques, faute pour elle de pouvoir faire accepter une telle répartition du risque. En réalité, cette objection finalement assez simple (a), valable sans doute parfois en son principe, sur un marché peuplé d'agents éclairés et en position d'égalité, semble méconnaître de trop nombreux paramètres qui, à mieux y regarder, en atténuent très largement la portée (b).

a. Le risque d'un ostracisme économique

612. Présentation de l'objection – On pourrait donc envisager une dernière objection tendant à relativiser l'importance et l'intérêt de la pratique des SSPRL dotées d'un capital social symbolique : la frilosité dont feraient preuve les différents acteurs économiques – et potentiels partenaires – à interagir avec une telle structure, qui impliquerait *in fine* la mise au ban de celle-ci des relations économiques. En effet dans un certain « imaginaire collectif » – sans doute aujourd'hui un peu daté au vu du nombre de travaux qui s'emploient à remettre en cause cette idée – le capital social d'une SSPRL a pour fonction la garantie des créanciers sociaux¹⁷⁶⁸. Dès lors, à suivre ce raisonnement défendu par certains auteurs, constituer une SSPRL sans la doter d'un capital suffisant reviendrait à la vouer à l'échec car ses partenaires potentiels s'en détourneraient ou n'accepteraient de traiter avec elle qu'à des conditions exorbitantes afin de compenser le risque supporté¹⁷⁶⁹.

la vente et donc de limiter les droits d'enregistrement dus » (F. PERROTIN, « Sous-capitalisation et investissement immobilier : l'optimisation des encore possible », *LPA* 23 juill. 2007, p. 4.).

¹⁷⁶⁸ Sur ces questions, v. not. « Le capital social, grandeur ou décadence ? », Colloque Université de Paris II, 1977 : *Vie jud.*, 20 févr. 1977 ; F. GORÉ, « La notion de capital social », *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981 ; R. OUACHEM, *Essai sur le capital social comme instrument de garantie des créanciers*, th. Bordeaux IV, 2003, spéc. p. 148 et s. ; Y. DECROIX, *Du capital social à la situation nette*, th. Rouen, 2004 ; G. SERRA, « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1er août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? » *BJS* 2004, p. 915 ; L. NURIT-PONTIER, *art. cit.* ; T. MASSART, « La société sans apport », *art. cit.* spéc. p. 302 et s.

¹⁷⁶⁹ M. Serra indiquait en ce sens, moins d'un an après la promulgation de la loi Dutreil, que les banques « appliquent depuis l'entrée en vigueur de la loi Dutreil des barèmes internes pour refuser l'ouverture de comptes dans leurs établissements à un certain nombre de sociétés dont le capital leur apparaît insuffisant » (G. SERRA, « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1er août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? » *BJS* 2004, p. 915). Ce constat cependant était dressé dans un contexte où la jurisprudence retenait la responsabilité du banquier pour avoir

b. Relativisation du risque

613. Cette conception ne convainc cependant qu'assez peu ; il est aisé de s'apercevoir que le champ de réalisation d'un tel phénomène sera finalement bien mince.

D'abord parce que la proportion d'agents qui cherchent à se renseigner sur la solvabilité de la structure avec laquelle ils s'appêtent à contracter ne doit pas, en pratique, être exagérée (i). Ensuite parce qu'il paraît légitime de croire que, même renseignés, de nombreux acteurs ne se détourneront pas nécessairement d'une structure sous-capitalisée (ii), et ce notamment parce que certains partenaires d'importance de cette structure trouveront un intérêt à ce montage de sous-capitalisation (iii).

i. La fréquente ignorance du montant de capital social

dispensé un crédit disproportionné avec les fonds propres de la société. Permettre l'ouverture d'un compte à une société fraîchement constituée avec un capital social symbolique, pouvait dans ce contexte présenter des risques pour le banquier. On peut penser que l'abandon de ce principe par la loi de sauvegarde des entreprises en 2005 (v. *supra* n°605) a pu lever les réserves des banques. En outre le constat semble avoir été dressé très peu de temps après la libéralisation du montant du capital social. On peut comprendre les craintes qu'inspira dans un premier temps cette mesure aux créanciers sociaux, le capital social étant généralement perçu – à tort ou à raison – comme une garantie pour eux, *a fortiori* dans les premiers temps d'existence de la société. Cependant nous le verrons, en manœuvrant adroitement, le banquier peut en réalité tirer facilement profit de la sous-capitalisation des structures personnifiées : v. *infra* n°619. V. également SCHILLER, *op. cit.* n° 341, p. 168 : « le cout du crédit pour une entreprise est fonction de son ratio d'endettement. Cet indicateur donne deux renseignements : d'une part, le risque couru par celui qui accorde le crédit et, d'autre part, le choix des dirigeants entre un financement essentiellement interne ou externe. Il est calculé par un rapport entre les fonds propres et les engagements à terme et doit respecter des rapports *minima* pour correspondre aux exigences classiques des banques. Un excès d'engagements, mêmes assurés par la garantie personnelle d'un tiers, déséquilibrera ce ratio et entraînera une hausse du cout du crédit néfaste à la société ». V. Aussi H. LÉPAGE, *Pourquoi la propriété*, Hachette, coll. Pluriel, 1985., p. 129-130 : « On se demande souvent pourquoi une entreprise a besoin de fonds propres, et pourquoi elle ne fonctionnerait pas en ayant uniquement recours à des capitaux empruntés. La raison est bien simple: personne n'accepterait volontiers de lui prêter. Comme le démontrent les professeurs Jensen et Meclding, dans leur contribution fondamentale: « Theory of the Firm, Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure », *art. cit.*) une telle situation créerait un risque énorme pour le prêteur dans la mesure où, une fois la décision prise au vu des dossiers présentés par le chef d'entreprise, plus rien n'empêcherait ensuite celui-ci de changer son fusil d'épaule et d'utiliser les fonds ainsi collectés pour financer des projets plus risqués (mais personnellement plus rémunérateurs), que les prêteurs n'auraient jamais accepté de cautionner s'ils en avaient eu connaissance. La seule façon de se prémunir contre ce risque consiste à n'accepter de prêter qu'à des gens dont on sait que la valeur de leur propre patrimoine est elle-même engagée, par les décisions de gestion qu'ils prendront demain ». Rapp. enfin P. et Ph. DIDIER, *op. cit.*, n°68, p. 64 et n°171 p. 155.

614. Hypothèses diverses – En premier lieu en effet, il paraît vraisemblable que dans de nombreux cas de figure, les acteurs économiques contractent avec une structure sans s'enquérir au préalable du montant de son capital social ou de sa solvabilité. Il est aisé d'en trouver des illustrations.

Que l'on songe ainsi à la catégorie de contractants que sont les consommateurs : il seront en pratique selon toute vraisemblance, une écrasante majorité à être totalement ignorants des aspects juridiques ou de la solvabilité de la structure avec laquelle ils contractent.

615. Que l'on songe encore à toutes les hypothèses où la nature des relations projetées rend presque superflu qu'un agent s'intéresse à la solvabilité de son cocontractant. Ainsi, toutes les fois où l'essentiel de la prestation de ce cocontractant s'épuise en un instant de temps, concomitant à la conclusion du contrat. Si par exemple la structure sous-capitalisée venait à souhaiter acquérir comptant un bien, ou à demander la réalisation d'une prestation quelconque en acceptant d'en payer immédiatement le prix, ses cocontractants se désintéresseraient fort vraisemblablement de son niveau de solvabilité et *a fortiori* de son capital social. Peu importerait donc qu'elle tire d'emprunts les richesses utiles à ses paiements.

616. De même enfin, la modicité du montant en jeu pourrait également constituer un facteur d'indifférence vis-à-vis de la solvabilité de son cocontractant. Et l'on peut songer à la plupart des contrats d'adhésion standardisés d'un montant suffisamment faible pour qu'il soit plus coûteux de rechercher le degré de solvabilité de ceux qui les souscrivent que d'accepter un risque de défaut de paiement. On pense par exemple à un contrat standard de fourniture d'électricité, de téléphonie, mais plus généralement à la grande majorité des prestations proposées par le biais de souscription à un contrat d'adhésion, ce mode de conclusion étant généralement révélateur du peu d'importance qu'il revêt aux yeux de celui qui l'émet, et surtout du peu de cas que ce dernier fait de la personne de son cocontractant, et donc de sa solvabilité.

ii. L'indifférence de certains agents vis-à-vis de la sous-capitalisation

617. L'opinion répandue du peu d'utilité du capital social – En second lieu, il serait sans doute excessif de croire que tous ceux qui auraient connaissance du caractère « sous-capitalisé » d'une structure se détourneraient d'elle.

Tout d'abord, le discours tendant à contester les vertus de garantie du capital social a aujourd'hui atteint une ampleur et un niveau de diffusion tels qu'il ne serait pas surprenant que nombre d'agents économiques se désintéressent purement et simplement du montant de capital de leurs partenaires, estimant l'information dépourvue de toute pertinence¹⁷⁷⁰.

618. Indifférence pour diverses raisons tenant au rapport de force économique – Ensuite, selon la position économique occupée par le contractant vis-à-vis de la structure considérée, il pourra s'accommoder de sa sous-capitalisation pour diverses raisons. Certains agents seront en effet dans une position de faiblesse telle qu'ils accepteront d'assumer le risque de se lier à une société sous-capitalisée (ainsi qu'il en ira le plus souvent, par exemple, du salarié)¹⁷⁷¹.

Inversement, dans l'hypothèse où le partenaire potentiel sera dans une position dominante vis-à-vis de la structure, il aura la possibilité de conditionner sa relation contractuelle à l'octroi de garanties de la part des associés.

Or, s'il nous semble plus avantageux pour les associés d'utiliser les richesses qu'ils seraient prêts à affecter à l'activité commune en tant que garantie d'emprunts plutôt

¹⁷⁷⁰ Supprimant l'exigence de capital social minimal en SARL, le législateur lui-même faisait observer que « la garantie des créanciers par un capital minimum est illusoire » (« Projet de loi pour l'initiative économique », Exposé des motifs, *JO* 23 déc. 2002, n° 507). Et plus généralement sur ces questions v. not. « Le capital social, grandeur ou décadence ? », Colloque Université de Paris II, 1977 : *Vie jud.*, 20 févr. 1977 ; R. OUACHEM, *Essai sur le capital social comme instrument de garantie des créanciers*, th. Bordeaux IV, 2003, spéc. p. 148 et s. ; Y. DECROIX, *Du capital social à la situation nette*, th. Rouen, 2004 ; Y. GUYON, *Traité des contrats, les sociétés : aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002, n°24 ; T. LAMARCHE, « La société sans apport », *art cit.* spéc. p. 302 et s. ; J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Droit commercial*, t. 1, vol. 2 : « Sociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques », 2e éd., Dalloz, 1980, n°397 ; et rapp. J.-P. CHIFFAUT-MOLIARD, « Plaidoyer pour un capital social négatif », *JCP E*, 2003, I, n°1626.

¹⁷⁷¹ Rapp. P. LE CANNU, « Les rides du capital social » in H. LE NABASQUE et A. COURET, (dir.), *Quel avenir pour le capital social?*, Dalloz, 2004, p. 3 et s., spéc. p. 6 : « Il faut peut-être se défendre à cet égard d'une position trop rigide. En effet, qui voudra traiter avec une société dont le capital est très faible ? Ceux qui ont des raisons de croire que l'actif est suffisant pour répondre. Les autres exigeront des garanties. Le risque se cantonne donc, si chacun adopte une attitude rationnelle, aux engagements, normalement peu importants, pris à l'égard des personnes qui n'ont pas le temps ou les moyens de s'informer ou d'imposer une garantie à la société qui devient leur débitrice ».

que d'en faire apport à la structure sociale, il se trouve qu'un tel schéma nous paraît également profitable pour les créanciers qui se trouvent en position de force suffisante pour se faire consentir ce type de garanties. C'est ce qu'il convient d'illustrer.

iii. L'intérêt des créanciers puissants à une sous-capitalisation

619. La soustraction des richesses des associés aux poursuites des créanciers sociaux, à l'exception de ceux dotés de garanties conventionnelles – En effet, le maintien des richesses des associés au sein de leur patrimoine personnel respectif, pour ne les affecter qu'aux seuls créanciers aptes à se faire consentir sur ceux-ci des sûretés, est un schéma auquel semblent avoir intérêt ces derniers car il soustrait les biens considérés aux poursuites des autres créanciers sociaux, ce qui présente évidemment pour avantage notable d'éviter leur embarrassant concours.

Si les biens dont les associés sont riches avaient fait l'objet d'apport, ils auraient par hypothèse garni le patrimoine social, seraient entrés dans l'assiette du gage de l'ensemble des créanciers sociaux, y compris notamment ceux dotés de privilèges légaux. Ces créanciers privilégiés auraient donc primés sur les créanciers économiquement puissants qui ne peuvent qu'être dotés de sûretés conventionnelles de rang inférieur.

En maintenant à l'inverse les richesses des associés hors du patrimoine social, ce montage permet de les soustraire au gage de la collectivité des créanciers sociaux, et surtout à celui des créanciers privilégiés, pour ne les réserver qu'à ces créanciers puissants qui se feront octroyer des sûretés conventionnelles sur ces biens restés dans les patrimoines respectifs des associés.

La combinaison d'un mécanisme de limitation de responsabilité vigoureux – valable *erga omnes* – que viennent nuancer, au profit de certains créanciers seulement, les garanties conventionnelles qui leur sont octroyées par les associés, réalise une sorte

d' « autonomie patrimoniale sélective »¹⁷⁷² à laquelle les créanciers puissants semblent avoir tout intérêt¹⁷⁷³.

Aussi, les créanciers en position de puissance économique, aptes, de ce fait, à exiger des garanties conventionnelles, auront tendance à privilégier cette voie¹⁷⁷⁴ et devraient partant voir d'un œil favorable le montage proposé par les associés consistant à sous-capitaliser la société pour leur réserver l'exclusivité du gage sur les richesses qu'ils pourraient affecter à leur activité¹⁷⁷⁵. Cette voie a donc le mérite de favoriser à la fois les associés comme on l'a vu¹⁷⁷⁶, ainsi que les quelques créanciers puissants – ce qui ne peut naturellement se réaliser qu'aux dépens des autres créanciers¹⁷⁷⁷.

620. Illustration – On peut essayer d'illustrer d'un mot cette idée en envisageant le cas de figure de deux associés ayant besoin pour leur entreprise de 150 de financement tandis qu'ils ne sont, à eux deux, riches que de 100.

Une première solution, traditionnelle, consisterait à faire apport des 100 en société puis, une fois celle-ci dotée de ce capital, de lui faire souscrire un emprunt en son nom à hauteur de 50. Le prêteur aurait en ce cas pour gage – à supposer l'actif de la

¹⁷⁷² S. DANA-DEMARET, *Le capital social*, préf. Y. REINHARD, Litec 1989, n°301 p. 342.

¹⁷⁷³ Rappr. A. PIEDELIEVRE, « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz. Pal.*, 1982, 1, doct., p. 85 ; S. DANA-DEMARET, *op. cit.*, n°301 et s., p. 342 et s. ; J.-J. DAIGRE, « L'EURL : vains regrets, vrais intérêts » *RJ com* 1988, p. 1, n°2.

¹⁷⁷⁴ Rappr. à propos de l'ouverture de la possibilité pour l'entrepreneur individuel, de renoncer à la déclaration d'insaisissabilité de ses immeubles domestiques au profit de certains créanciers seulement, M. Piédelièvre écrivait : « On peut penser que certains professionnels, et notamment les établissements de crédit, auront intérêt à solliciter, ou plutôt à imposer, la souscription d'insaisissabilité par l'entrepreneur, suivie d'une renonciation à leur profit. Ils seront remis sur un pied d'égalité avec les créanciers domestiques et ils bénéficieront d'un privilège indirect sur les immeubles vis-à-vis des autres créanciers professionnels. Il existera alors deux catégories de créanciers professionnels, ceux à droit de gage général et ceux à droit de gage réduit. Une telle solution n'est pas satisfaisante. « Cette faculté modifie en grande partie le fondement initial de la déclaration d'insaisissabilité [...], on permet à l'entrepreneur individuel de créer une hiérarchie entre créanciers professionnels » (S. PIÉDELIÈVRE, « Le nouveau droit de l'insaisissabilité », *Deffrénois* 2008. 2245, spéc. p. 2250). Rappr. D. BERT, « La nouvelle physionomie de la déclaration d'insaisissabilité après la loi de modernisation de l'économie », *Dr. et patr.* mai 2009. 44, spéc. p. 48 ; L. WILLIATTE-PELLITTERI, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel résultant de la loi du 1er août 2003 : la boîte de Pandore du monde des affaires ? », *LPA* 9 août 2004, n° 158, p. 3 et s., spéc. n°28, p. 10.

¹⁷⁷⁵ Naturellement, cette exclusivité est relative, elle ne vaut que par rapport aux autres créanciers sociaux puisque si par ce biais, les richesses sont soustraites de l'assiette du gage des créanciers sociaux, qui sont sans droit sur le patrimoine des associés, ces biens restent à la portée des créanciers personnels des associés. Néanmoins de manière générale, on peut postuler que les risques de saisie de ces biens seront nettement moindres dans le cadre de leur maintien au patrimoine personnel des associés, que s'ils étaient affectés à la garantie des dettes de l'entreprise sociale naissante.

¹⁷⁷⁶ V. *supra* n°601 et s.

¹⁷⁷⁷ Rappr. J.-J. DAIGRE, « L'EURL : vains regrets, vrais intérêts » *RJ com* 1988, p. 1, n°2

société stable – les 150 présents au sein du patrimoine social pour garantir sa créance de 50.

Néanmoins, il serait en concours sur ces 150 avec les différents créanciers de la société, y compris les créanciers privilégiés de rang supérieur (comme le Trésor, les salariés, ou les créanciers dont les droits sont postérieurs à l'ouverture de la procédure collective), et ce quand bien même le prêteur se serait fait octroyer des sûretés réelles sur l'actif social¹⁷⁷⁸ (et l'on sait que « ces créances le plus souvent absorbent la totalité de l'actif d'un commerçant en état de "faillite" »¹⁷⁷⁹).

Une seconde manière de doter la société d'un financement de 150 consisterait pour les associés, à conserver les 100 dont ils sont riches au sein de leur patrimoine personnel afin de les affecter exclusivement à la garantie d'un prêt de 150 (par le biais de sûretés réelles par hypothèse) qu'ils feraient souscrire à la société constituée avec un capital social symbolique.

En ce cas, le prêteur disposerait, pour garantir sa créance de 150, non seulement des 150 qui composent le patrimoine social (et sur lesquels il aura pu se faire octroyer des sûretés dans les mêmes conditions que dans le premier cas de figure), mais, il bénéficiera, de surcroît, de droits exclusifs des autres créanciers sociaux sur les 100 de richesse des associés restés dans leurs patrimoines personnels respectifs. Aussi, sur ces richesses, le prêteur primera ici, en un sens, le Trésor et les autres créanciers privilégiés de la société.

Dans cette hypothèse, le prêteur aura donc sa créance garantie pour les deux tiers par des sommes mises à l'abri du concours des autres créanciers sociaux, tandis que les 50 constituant le tiers restant étant, comme dans la première hypothèse et dans les mêmes conditions¹⁷⁸⁰, garanti par les 150 figurant au patrimoine social.

Proportionnellement, ou en « ratio », le prêt apparaît donc mieux garanti dans la seconde hypothèse et le prêteur a donc tout intérêt à privilégier la seconde option¹⁷⁸¹.

¹⁷⁷⁸ Il pourrait naturellement envisager de se faire consentir de surcroît des sûretés personnelles de la part des associés, mais par hypothèse, seraient soustraits au champ de celles-ci les 100€ dont les associés étaient riches et qu'ils ont apportés à la société.

¹⁷⁷⁹ L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *Droit des sûretés*, LGDJ, 13^{ème} éd., 2019, n°600, p. 362.

¹⁷⁸⁰ À conserver le même postulat de raisonnement d'un actif stable.

¹⁷⁸¹ Dès lors tout au moins qu'il peut supposer que, à titre personnel, les associés ne courent pas de risque particulier.

621. Conclusion, rôle de l'exigence de capital social minimal – Ainsi, la suppression de l'exigence de capital minimal au sein des formes les plus répandues de SSPRL a eu pour effet de faire émerger cette pratique de sociétés dotées d'apports de pure forme, les associés assurant le financement de l'activité sociale en qualité de prêteur ou de garant de la structure une fois celle-ci constituée. Dans ce cadre, leur responsabilité structurelle en tant qu'associé n'est plus que symbolique et l'on perçoit alors le dévoiement criant du système de limitation de responsabilité des associés au montant de leurs apports.

Mais au vrai, un tel dévoiement peut tout à fait s'accommoder de l'exigence de capital social minimal ; il se manifestera peut-être seulement avec moins d'évidence. L'exigence de capital social se donne en effet comme une valeur nominale brute : il s'agit du montant minimal que la somme des apports doit atteindre. Elle ne tient compte, partant, ni du nombre de participants, ni des sommes effectivement utiles au financement de l'activité.

Aussi, quand bien même le montant minimal de capital de 7 500€ aurait été maintenu en SARL, cette circonstance n'aurait pas empêché qu'une telle structure soit aujourd'hui constituée par cent associés, apportant soixante-quinze euros chacun, somme qui pourrait s'avérer parfaitement dérisoire au regard du financement effectif de l'activité que, par hypothèse, les associés entendraient réaliser par le biais de prêts pour un montant mille fois supérieur.

Rapportée donc au nombre d'associés et aux sommes qu'ils affectent effectivement à leur activité, cette exigence d'un montant total d'apport minimal serait dans cette hypothèse tout autant inapte à permettre le respect de la logique du mécanisme de responsabilité des associés. Tout autant que dans l'hypothèse d'un apport d'un euro, les richesses ici apportées peuvent apparaître presque symboliques si on les rapporte au financement effectif de la société par les associés. Et la logique de l'apport telle qu'issue du contrat de société, qui fonde le mécanisme de limitation de responsabilité de droit positif, n'est alors respectée que de manière strictement formelle¹⁷⁸². En réalité, le dévoiement du système de limitation de responsabilité provient simplement de la « fossilisation » de la notion d'apport et de l'absence d'exclusivité de ce moyen d'affectation des biens des associés à l'activité sociale permettant à ces derniers de préférer des techniques alternatives de financement.

Aussi, l'exigence d'un montant minimal de capital social apparaît essentiellement comme un remède de fortune qui peut effectivement, en certaines hypothèses, atténuer ou dissimuler les symptômes d'une pathologie substantielle qui reste cependant hors de sa portée¹⁷⁸³.

622. Reste qu'aussi approximatif qu'il puisse être, ce remède de fortune parvenait tout au moins, en pratique, à neutraliser un tant soit peu les manifestations de la rupture de la logique du mécanisme.

Nous ne saurions revenir ici sur la pertinence de la suppression de cette exigence en SAS et en SARL par laquelle le droit français s'est illustré¹⁷⁸⁴, les termes du débat sont connus¹⁷⁸⁵. On remarquera simplement que même à supposer que le capital social ne soit d'aucune garantie pour les créanciers (argument qui pour l'essentiel emporta la suppression de l'exigence de capital social minimal¹⁷⁸⁶ et dont nous aurons l'occasion de mettre en doute la pertinence¹⁷⁸⁷), à tout le moins, le risque de perte du capital apporté peut-il, en certaines hypothèses, avoir pour les associés une vertu prophylactique : les conduire à plus de vigilance, moins de négligence, leur faire privilégier des stratégies moins risquées (dès lors que dans une certaine mesure ils supportent alors les risques de l'entreprise), et remplir partant l'une des fonctions de la responsabilité¹⁷⁸⁸.

¹⁷⁸² Rapp. par exemple, l'affaire de la Lufthansa-Service GmbH rapportée par M. LUTTER, « La responsabilité civile dans le groupe de sociétés », *Rev. Sociétés* 1981, p. 697 et s., spéc. p. 702.

¹⁷⁸³ Ainsi sous l'empire de l'exigence de minimum de capital social, près des trois quarts des SARL étaient peu ou prou dotées du strict montant minimal requis (v. M. STORCK, v° « Société à responsabilité limitée – Constitution – Associés – Capital social et parts sociales », *J. Class. Société-Traité*, fasc. 72-10, n°40). Bien sûr, on peut supposer que certaines parmi celles-ci n'avaient pas un besoin en financement supérieur au montant minimal, mais on peut vraisemblablement supposer que pour nombre d'entre elles, les associés avaient simplement privilégié d'autres modes de financement de l'activité, une fois atteint le minimum de capital requis.

¹⁷⁸⁴ Très rares sont en effet les législations à ne pas connaître de montant minimal de capital social pour les structures à risque limité, v. *J. Class.*, Société-Traité, fasc. 72-10, précité, n°42.

¹⁷⁸⁵ V. not. sur cette question G. SERRA, « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1er août 2003. Chronique d'une mort annoncée », *BJS* 2004, p. 915 ; T. MASSART, « La société sans apport », *art. cit.* et les réf. citées, p. 303 et s. A. COURET, H. LE NABASQUE (dir.), *Quel avenir pour le capital social?*, Dalloz, 2004.

¹⁷⁸⁶ V. « Projet de loi pour l'initiative économique », Exposé des motifs, *JO* 23 déc. 2002, n° 507.

¹⁷⁸⁷ V. *infra* n° 725.

¹⁷⁸⁸ V. à propos de la fonction dissuasive ou préventive de la responsabilité civile, A. TUNC, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements anti-sociaux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Mélanges en l'honneur de M. Ancel*, A. Pedone, 1974, p. 407 ; C. THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », *RTD civ.* 1999, p. 565 et s. ; H. JONAS, « La technique moderne comme sujet de réflexion critique », in *Technick, Medizin un Ethik*, Frankfurt, Suhrkamp, 1987 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, par G. VINEY, LGDJ, 3^{ème} éd. 2008, n°40 et s., p. 87 et s.

La suppression de cette exigence, à l'inverse, conduit tout bonnement à admettre la possibilité pour les associés d'organiser leur totale irresponsabilité. Ils peuvent alors apparaître captateurs du profit de l'entreprise, maîtres de sa direction, mais, s'ils ont l'ingéniosité suffisante, se soustraire entièrement à ses risques¹⁷⁸⁹.

623. Au vrai, un moyen simple de neutraliser cette pratique aurait simplement consisté à prolonger le caractère impératif de l'affectation des biens à la personne morale en posant symétriquement le principe d'une interdiction d'affectation des biens non apportés à l'activité sociale. Si les biens composant le patrimoine social ne peuvent profiter aux associés, tant pour leurs utilités que pour leurs richesses sinon par l'intermédiaire de l'activité sociale (le principe de spécialité de la personne morale, la limitation des pouvoirs des dirigeants à l'objet social ou encore le délit d'abus de biens sociaux contribuant à garantir que le crédit ou les utilités des biens de la société seront en principe utiles exclusivement à la poursuite de l'objet social), il pourrait réciproquement être prévu que les biens non apportés ne puissent profiter – dans leur richesse comme leur utilité – à l'activité sociale.

En effet, tandis qu'en l'état du droit positif, les associés ne peuvent pas, par exemple, garantir leurs dettes personnelles grâce au crédit de la société ou détourner les biens de la sociétés pour en faire un usage hors de l'objet social dans leur intérêt personnel, aucune réciprocité n'existe et les utilités comme les richesses des biens dont les associés conservent la propriété peuvent en sens inverse, être mis au service de l'activité et de l'intérêt social sans transiter nécessairement par le canal de l'apport.

L'édiction d'une telle prohibition symétrique aurait pourtant pour effet de contraindre les associés à utiliser exclusivement la voie de l'apport pour faire profiter leur entreprise des biens dont ils sont riches. Ils ne pourraient plus, ainsi, contourner cette voie en utilisant d'autres biais d'affectations des utilités de leurs biens à l'entreprise commune, en soustrayant ces derniers à la contrepartie sur laquelle le système dont les associés tirent profit a été conçu, à savoir l'établissement d'une corrélation entre l'affectation des utilités et l'affectation des richesses des biens.

¹⁷⁸⁹ Rappr. D. SCHMIDT, « Les lois du 1er août 2003 et le droit des sociétés », *D.*, 2003, p. 2618, spéc. p. 2619 : « chacun peut ainsi élever un pare-feu entre son patrimoine personnel et ce qu'il affecte à une activité. Le pare-feu ne joue que défensivement : il empêche l'incendie des dettes de se propager, mais il n'empêche pas l'appréhension des profits ».

Le mécanisme de l'EIRL connaissait dans sa conception initiale et jusqu'à la récente loi PACTE une règle de cet ordre qui en assurait l'équilibre : l'entrepreneur individuel était susceptible d'être déchu de la protection offerte par ce mécanisme s'il ne faisait pas coïncider l'affectation effective de ses biens avec leur affectation déclarée, en conservant notamment en son patrimoine personnel un bien pourtant nécessaire à l'exercice de son activité professionnelle¹⁷⁹⁰.

Sous-section 2 - La fragmentation de l'entreprise, technique de limitation des risques

624. La fragmentation de l'entreprise, présentation – Dans un ordre d'idée assez proche, il est un autre pan du droit positif de la limitation de responsabilité qui nous paraît devoir être mentionné dans le cadre de cette description des errements et du déséquilibre de ce mécanisme.

Il consiste en la possibilité pour les utilisateurs des structures à risque limité de fragmenter discrétionnairement leur activité en autant de structures qu'ils le souhaitent – souvent en empruntant le schéma du groupe de sociétés – réalisant par là une division des risques corrélative.

Après en avoir brièvement exposé le principe (§1), il conviendra de passer en revue les quelques mesures susceptibles de contrarier, à la marge, la mise en œuvre de cette stratégie afin de prendre la mesure de leur portée (§2), avant de s'interroger sur la justification d'un tel état du droit (§3).

§1. Exposé du principe de ce phénomène et des circonstances de son émergence

625. Assurément, la fragmentation de l'entreprise en une multitude de structures constitue un levier précieux de limitation des risques de ceux qui la mettent en œuvre.

¹⁷⁹⁰ V. *supra* n°597 et dans leur rédaction antérieure à la loi PACTE n°2019-486 du 22 mai 2019 (art. 7), les art. L. 526-12 et L. 621-2 du Code de commerce, à rappr. avec L. 526-6.

Après avoir présenté ce en quoi consiste cette stratégie (A), nous évoquerons d'un mot les circonstances de son apparition et les premières réactions qu'elle suscita (B).

A. Exposé du principe

626. Plutôt que de constituer une seule structure qui serait chargée de l'exploitation de l'activité dans son ensemble, il apparaît bien plus avantageux pour les agents économiques de créer le plus grand nombre de structures possible, en chargeant chacune d'elles d'une partie de l'activité considérée¹⁷⁹¹. En subdivisant de cette manière l'activité en une multitude de « sous-activités », confiées respectivement à des structures distinctes et autonomes, les utilisateurs érigent autant de « pare-feu » qu'ils souhaitent au sein de leur activité. Ces derniers permettront de cantonner « l'incendie des dettes »¹⁷⁹² au seul patrimoine de la structure où il s'est déclaré, sans en affecter les autres pans : chacun d'entre eux étant abrité dans des structures patrimonielement autonomes les unes des autres. De cette manière, « tout comme le métabolisme du lézard lui permet d'abandonner sans dommage sa queue au prédateur qui s'en est saisi, le groupe se sépare de la filiale qui répondra seule des préjudices dont elle peut être responsable »¹⁷⁹³ et le groupe apparaît ainsi comme « une technique de responsabilité limitée organisée autour du principe d'indépendance des sociétés »¹⁷⁹⁴.

Notre droit positif ne connaissant aucune exigence tenant à la corrélation entre la structure juridique et l'entité économique et sociale sous-jacente¹⁷⁹⁵, les utilisateurs du droit semblent entièrement libre de jouer de cette technique de fragmentation de l'entreprise à leur avantage.

Ce phénomène s'inscrit dans cette tendance du droit positif à confier aux utilisateurs des structures personnifiées la détermination libre et discrétionnaire du risque auquel ils seront soumis, ainsi que celle d'un éloignement, d'une émancipation et d'une

¹⁷⁹¹ Rappr. not. E. PESKINE, « De la solidarité à la vigilance, À propos de la responsabilité dans les organisations pluri-sociétaires », in A. SUPIOT (dir.), *Face à l'irresponsabilité, la dynamique de la solidarité*, Collège de France, 2018, p. 37 et s.

¹⁷⁹² D. SCHMIDT, « Les lois du 1er août 2003 et le droit des sociétés », *D.*, 2003, p. 2618, spéc. p. 2619.

¹⁷⁹³ C. CHAMPAUD et D. DANNET, note sous Com. 19 avr. 2005 (*Metaleurop*), *RTD com.* 2005, p. 541.

¹⁷⁹⁴ C. HANNOUN, *op. cit.*, n°193.

« abstractisation » du mécanisme vis-à-vis des représentations sociales qui sont au fondement de ses justifications.

627. Illustration – Pour illustrer schématiquement ce montage d'une hypothèse d'école, imaginons que deux associés souhaitent exploiter un restaurant. Plutôt que de confier à une structure unique l'exercice de leur activité, ils pourraient envisager de ventiler cette dernière de la manière suivante : une première structure serait chargée d'exploiter les cuisines, une autre la salle, une troisième serait en charge de la terrasse et une quatrième enfin, propriétaire des murs, louerait ces derniers aux trois autres. On pourrait envisager aussi que l'ensemble des parts de ces diverses sociétés soient possédées non pas directement par les deux protagonistes, mais soient plutôt détenues par une société holding, au travers de laquelle ils mettraient en œuvre la stratégie du groupe.

Dans l'hypothèse où un membre du personnel officiant sur la terrasse viendrait à causer un dommage quelconque à un client, la dette de responsabilité qui naîtrait de cette situation ne devrait en principe affecter que la société exploitant la terrasse et n'engager que son actif. De même, dans l'hypothèse où un cuisinier déclencherait un incendie, seule la structure en charge de l'exploitation des cuisines répondrait de cette dette, etc.

De cette manière, seul l'actif appartenant à la structure à qui la dette de responsabilité aura été imputée répondra de cette dernière, et l'on comprend ainsi que la ventilation de l'entreprise en une multitude de structures aura eu pour effet de soustraire aux poursuites des victimes des deux accidents que nous envisagions les richesses qui ne dépendaient pas du patrimoine que ces dettes viennent exclusivement grever (grâce à l'application de la stricte autonomie patrimoniale des SSPRL que connaît notre droit positif). À l'inverse, si les associés avaient banalement confié à une seule structure la charge de l'ensemble de l'activité de restauration, la totalité des richesses affectées au patrimoine de cette personne morale aurait dû répondre de ces dettes.

628. Cette hypothèse d'école est volontairement schématique ; peut-être que dans le cadre envisagé, les inconvénients tenant notamment aux lourdeurs de fonctionnement et de

¹⁷⁹⁵ V. not. R. MARRAU, « Un paradoxe permanent du groupe de sociétés : indépendance contre

constitution réduisent l'intérêt d'un tel montage¹⁷⁹⁶. Mais à d'autres échelles, et notamment lorsque les enjeux financiers brassés sont plus importants, les utilisateurs du droit peuvent avoir tout intérêt à se plier aux contraintes d'une organisation rigoureuse que cette sorte de montage implique afin de profiter des avantages que cette fragmentation de l'entreprise peut produire sur le terrain de la limitation des risques¹⁷⁹⁷.

Aussi, de fait, sous des variantes techniquement plus sophistiquées qui diluent parfois la netteté de la construction, les grandes entreprises ont couramment recours à cette technique de division du risque par la multiplication de structures juridiquement autonomes. Le principe même du fractionnement de l'entreprise en un groupe de sociétés apparaît ainsi couramment, en soi, comme « une technique de responsabilité limitée organisée autour du principe d'indépendance des sociétés »¹⁷⁹⁸ : la multiplication des personnes juridiquement autonomes impliquant une division corrélative des risques¹⁷⁹⁹. Et l'étanchéité patrimoniale des diverses sociétés composant l'entreprise est telle que, pour paraphraser M. Hannoun, la faillite ou le dépôt de bilan de filiales affectées à des secteurs non rentables, apparaissent aujourd'hui comme de commodes et usuels moyens de désinvestissement¹⁸⁰⁰.

629. L'absence de limite légale à la faculté fragmentation – Ce qui, à l'observation de ce phénomène, nous paraît constituer la manifestation d'un déséquilibre périlleux, tient pour l'essentiel à l'absence de borne posée par le droit qui tendrait à encadrer cette faculté

unité économique de ses sociétés », *LPA* 5 août 1996, p. 4 et s. Rapp. *Supra* n° 494.

¹⁷⁹⁶ Rapp. J. VALLANSAN, « Le groupe de sociétés en droit des entreprises en difficultés », in Actes du colloque de l'Université de Caen, « Les groupes de sociétés : quels pouvoirs ? Quelle responsabilité ? », dir. J.-C. PAGNUCCO, *Dr. sociétés* juin 2017, n°6 p. 30 qui prend quant à elle l'hypothèse d'un camping : « Ce camping, c'est en réalité 5 sociétés, la propriétaire du terrain (SCI), la propriétaire des bungalows, la société de gestion de l'activité camping (SARL), la société gérant le restaurant-bar-commerce, et bien entendu une société holding ».

¹⁷⁹⁷ Rapp. A. TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes*, Economica, 1985, n° 34, qui présente le montage astucieux auquel s'étaient livrées les compagnies de taxi new-yorkaises à la fin des années soixante : « la flotte était organisée en de multiples sociétés ne possédant chacune qu'un ou deux taxis couverts par une assurance minimale obligatoire, qui ne permettait pas, en cas d'accident grave, d'indemniser la totalité des préjudices subis par le client ; ainsi, après le dépôt de bilan de la société propriétaire du taxi, ce dernier ne pouvait plus que se payer sur l'épave » (B. FAGES, « Réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères », *RDC* 2007, p.115).

¹⁷⁹⁸ Ch. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, LGDJ, 1991, p. 121, n° 120.

¹⁷⁹⁹ Rapp. Y. REINHARD, « Quels sont les points de convergence et de divergence entre la personne physique et la personne morale (aspects de droit des affaires) » in Dossier : « La notion de personne en droit privé », *Dr. de la famille*, sept. 2012 p. 28 et s. : « Soyons réalistes : une personne morale est un instrument juridique, un outil simple et astucieux qui permet, notamment, de faire écran et ce faisant, de protéger patrimoine et responsabilité. C'est par exemple tout l'intérêt du groupe de sociétés qui multiplie les personnes et divise les risques ».

de division, de fragmentation de l'activité. Les utilisateurs du droit semblent ainsi jouir d'une liberté discrétionnaire dans l'aménagement de leur activité, celle-ci pouvant être subdivisée à l'infini.

Tel semble être du moins la position de principe du droit positif sur le terrain de l'autonomie patrimoniale des sociétés : aucune contrainte particulière ne semble limiter la liberté des utilisateurs de ventiler, fragmenter leur entreprise en une multitude de structures, et notre droit positif donne par principe un plein effet au découpage voulu par les utilisateurs, chacune des structures répondant seule des dettes qui lui auront été imputées s'il s'agit de SSPRL¹⁸⁰¹. Les principes de relativité des conventions, d'unicité du patrimoine, ainsi que les règles tenant à la limitation de la responsabilité et à la construction de la personnalité morale se combinent de manière à ce que « la société mère ne souffre aucune responsabilité du fait de ses filiales et vice versa. Les différentes composantes du groupe ont une personnalité juridique distincte qui interdit de tenir pour responsable l'une en raison du comportement de l'autre »¹⁸⁰².

L'autonomie patrimoniale agit ainsi à la manière d'une nasse¹⁸⁰³ qui emprisonne les pertes au sein de la société qui les a contractées, mais laisse en revanche s'échapper les profits, lesquels remontent la chaîne des enchevêtrements de structures pour profiter aux utilisateurs de ces montages, ces derniers apparaissant libres d'instrumentaliser ce phénomène à leur avantage en jouant de la multiplication des personnes juridiques.

630. L'évolution de la jurisprudence en matière de *single ship companies* est d'ailleurs assez symptomatique de la tendance à la liberté offerte aux utilisateurs par le droit

¹⁸⁰⁰ C. HANNOUN, *ibid.*

¹⁸⁰¹ V. *infra* n°655 et s.

¹⁸⁰² R. MARRAU, « Un paradoxe permanent du groupe de sociétés : indépendance contre unité économique de ses sociétés », *LPA* 5 août 1996, p. 4, spéc p. 5. Rapp. D. SCHMIDT, « La responsabilité civile dans les relations de groupe de sociétés », *Rev Sociétés*, 1981, p. 725 et s., spéc. p. 726.

¹⁸⁰³ R. CONTIN et H. HOVASSE, « L'autonomie patrimoniale des sociétés », *D.* 1971, p. 197 et s., spéc. p 198 : « Tous ceux-ci [les actionnaires minoritaires et les créanciers] ne manqueront pas de se voir opposer le cloisonnement patrimonial dont il arrive pourtant aux contrôleurs de se jouer à leur avantage. L'étanchéité de ce cloisonnement fait alors du principe d'autonomie patrimoniale une sorte de nasse ».

positif¹⁸⁰⁴. La pratique de ventilation d'entreprise en une pluralité de structures a été très tôt, et de manière particulièrement ostensible, employée par les armateurs qui comprirent l'intérêt qu'ils avaient à constituer autant de sociétés qu'ils disposaient de navires, limitant par là le risque engendré par l'activité de chaque navire à l'actif que, pour l'essentiel, ce dernier représente à lui seul¹⁸⁰⁵.

Or, tandis que les juges ont pu sembler un temps sensibles à l'idée qu'une telle ventilation serait abusive en son principe, et que la décennie 1980 a vu naître l'essor d'une tendance jurisprudentielle à la neutralisation de cette sorte de montages via l'utilisation de différents moyens particulièrement souple aux fins de justifier la levée du voile des personnes morales en jeu (comme par exemple la caractérisation d'une communauté d'intérêts entre les différentes structures)¹⁸⁰⁶, la Cour de cassation marque nettement aujourd'hui son rejet de cette position¹⁸⁰⁷. Elle refuse désormais de sanctionner ce montage, à moins que ne soient caractérisées la fictivité ou la confusion des patrimoines¹⁸⁰⁸, notions dont on a vu qu'elles tendaient à reposer essentiellement aujourd'hui sur la méconnaissance des procédures et des formalités de fonctionnement des personnes morales¹⁸⁰⁹.

¹⁸⁰⁴ V. P. DELEBECQUE, « Les single ship companies », *Mélanges P. Le cannu*, Dalloz 2014, p. 119 et s.

¹⁸⁰⁵ V. G. RIPERT, *Droit maritime*, Rousseau, 1952 II, *L'exploitation maritime*, n°1233 et s., p. 141 et s.

¹⁸⁰⁶ V. Cass. com. 11 mars 1986, *DMF* 1987, p. 363 et s. ; CA Rouen, 27 oct. 1983, *DMF* 1984, p. 238 et s. ; Cass. com. 12 février 1991, n°89-16771 ; rappr. également Cass. com. 28 nov. 1989, *DMF* 1991, p. 290 et s.

¹⁸⁰⁷ V. P. DELEBECQUE, « Les single ship companies », *art. cit.*, not. n°8, p. 123 ; v. aussi A. CONSTANTIN, note sous Com. 22 juin 1999, *Rev des Sociétés* 1999 p. 824 et s., spéc. n°17 ; « Alors qu'auparavant, les éléments les plus communs aux *single ship companies* - à savoir l'impossibilité d'identifier les détenteurs du capital social dans leurs statuts, ainsi que l'identité de société de gérance, d'adresse, de personnel, et de dirigeants entre les unes et les autres - caractérisaient pour les juges l'absence d'autonomie de ces sociétés, la Haute juridiction a estimé par un arrêt du 15 novembre 1994, que ces mêmes éléments sont impropres à établir le caractère fictif de ces sociétés. Il en a été déduit que la création de sociétés d'un seul navire, destinée à séparer les patrimoines et les risques, est en principe valable, et qu'une conception restrictive de la fictivité de ses sociétés est aujourd'hui retenue par la Cour de cassation, cette fictivité supposant que soit démontrée désormais une véritable confusion de patrimoine, ou bien la preuve que le montage choisi a pour objet de frauder les droits des créanciers. ». L'arrêt commenté par cet auteur, peut cependant apparaître comme démentant cette analyse, puisque les juges de Cassation acceptent de reconnaître la fictivité pour des raisons tenant essentiellement à l'absence totale d'activité de la structure, de moyens pour exercer une quelconque activité, ainsi que du fait qu'elle ne soit contractée avec un prête-nom. Autrement dit, la Haute juridiction ne se fonde ici, pour reconnaître la fictivité, nullement sur des éléments tenant au fonctionnement formel de la personnalité morale de la structure. Pour cette raison, cet arrêt surprend, (ainsi que le note M. Constantin), on remarquera cependant que la portée de la fictivité retenue devait ici être nulle puisque les juges de cassation refusent – faute de fraude – de faire produire à la fictivité un effet rétroactif, de sorte que les actes passés par la société fictive restent opposables.

¹⁸⁰⁸ V. *supra* n° 494 et s.

¹⁸⁰⁹ V. *supra* n° 416 et s.

B. L'émergence de cette pratique et les réactions suscitées

631. La stratégie consistant à diviser une même entreprise en une pluralité de structures juridiquement autonomes tend à apparaître à l'ère industrielle¹⁸¹⁰ ; jusqu'alors, « chaque société apparaissait comme un être isolé » et « les patrimoines autonomes étaient administrés par des organes indépendants »¹⁸¹¹. Au sortir de la première guerre mondiale, lorsqu'une telle pratique commença à prendre de l'ampleur et que le contentieux qui l'accompagna fit surface¹⁸¹², la doctrine se montra réticente à donner un plein effet à ces constructions.

Celle-ci se passionnait en effet alors pour les questions théoriques fondamentales tenant à l'essence de la personnalité morale, et plus largement à l'essence de la personnalité juridique et des droits subjectifs. S'opposaient pour l'essentiel ceux qui voyaient dans l'existence d'un intérêt propre le caractère singulier du sujet de droit, à ceux qui préféraient le critère d'une volonté propre¹⁸¹³.

Dans ce contexte, on comprend que le phénomène émergent du groupe de société et la prétention de constituer une pluralité de personnes morales pourtant animées d'un intérêt commun et commandées par une volonté unique appelèrent de fort prévisibles réserves que l'on peut d'ailleurs toujours partager aujourd'hui. On peut voir en effet une certaine forme de déséquilibre, d'asymétrie, sinon une instrumentalisation des concepts, dans ce phénomène où, d'une main, l'on excipe de la spécificité de la volonté ou de l'intérêt social pour justifier de l'existence d'une personnalité morale distincte de la personnalité de ses membres, tout en prétendant de l'autre subdiviser ce qui relève de ce même intérêt ou de cette même volonté en une pluralité de personnes morales distinctes de manière totalement discrétionnaire et arbitraire.

¹⁸¹⁰ V. R. CONTIN et H. HOVASSE, *art. cit.*, spéc. p 38 ; même si il semble y avoir eu quelques utilisations d'avant-garde à la fin du Moyen-Age par les grandes familles de marchands italiens (notamment des Médicis, v. J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial, op. cit.*, p. 182).

¹⁸¹¹ R. CONTIN et H. HOVASSE, *ibid.*

¹⁸¹² V. H. ROUSSEAU, note sous Cass. req. 20 nov. 1922, *S.* 1926, p. 305 et s., spéc. p. 305 : « Peu nombreuses sont, dans les années antérieurs à 1914, les décisions où se trouvent mentionnées les sociétés filiales. Il a fallu la guerre et le régime des séquestres pour poser avec quelque fréquence, cette question devant les tribunaux. Encore est-il que les arrêts en cette matière, sont restés relativement rares et que si, au point de vue économique, les filiales ont été assez fréquemment étudiées, elles n'ont, pour ainsi dire, pas encore été envisagées au point de vue juridique ».

¹⁸¹³ V. not. à propos de ces controverses R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 1910, *op. cit.* et *supra* n° 29 et s.

632. Confrontés à de telles hypothèses, certains des premiers commentateurs de ce phénomène, à l'instar du doyen Rousseau, purent estimer que les sociétés d'un même groupe qui « n'ont qu'un but et qu'un intérêt véritable, même si, en apparence, leurs intérêts sont divergents », « n'ont qu'un être social », quand bien même il « se manifeste en deux créations distinctes »¹⁸¹⁴. Pour cet auteur, le groupe doit dans ce cas être considéré comme le véritable sujet de droit¹⁸¹⁵ ; aussi enjoignait-il les tribunaux à ne pas être dupes d'un tel découpage formel et d'empêcher que par ces sortes de montages « les individualités puissantes, (...) n'échappent, par leurs visages multiples, aux obligations qu'elles ont contractées et aux charges qui sont la conséquence normale de l'activité qu'elles déploient »¹⁸¹⁶. Exprimant une position proche et maniant une distinction subtile, Coulombel expliquait les décisions qui tendaient à mettre à la charge de la société mère les engagements de la filiale par l'idée qu'elles « sont deux personnes juridiques, mais une personne morale »¹⁸¹⁷ ; la communauté d'intérêt unissant « deux personnes morales en apparence distincte » devant, au-delà d'un certain seuil, caractériser « le vrai sujet de droit »¹⁸¹⁸.

633. Quelques années plus tard, Despax s'attaquait à son tour avec force à ce phénomène, estimant que la filiale était l'archétype le plus éclatant du divorce « entre les formes juridiques et leur substratum économique » dès lors qu'en effet, « la filiale est caractérisée par sa dépendance économique à l'égard de la société mère d'une part, et par son indépendance juridique à l'égard de cette même société mère, d'autre part »¹⁸¹⁹. Selon cet auteur, « l'illogisme de cette conception est évident, et la pratique montre qu'il est difficile en matière de filiale de tirer les conséquences de la personnalité morale sans oublier le lien de dépendance à l'égard de la société mère ou inversement de faire ressortir ce lien de dépendance sans sacrifier la personnalité juridique propre »¹⁸²⁰.

Dès lors que « ces deux sociétés ne forment qu'un ensemble économique, (...) cette situation de fait doit logiquement entraîner des conséquences de droit »¹⁸²¹ et il semble parfaitement légitime de s'interroger sur la pertinence qu'il y aurait à indexer

¹⁸¹⁴ H. ROUSSEAU, note sous Cass. req. 20 nov. 1922, *préc.*, spéc. p. 306.

¹⁸¹⁵ V. C. HANNOUN, *op. cit.*, n°136 et s., p. 100 et s.

¹⁸¹⁶ H. ROUSSEAU, *ibid.*

¹⁸¹⁷ V. P. COULOMBEL, *Le particularisme ...*, *op. cit.*, p. 181 et s., spéc. p. 192.

¹⁸¹⁸ P. COULOMBEL, *op. cit.*, p. 193. V. C. HANNOUN, *op. cit.* p. 103 et s.

¹⁸¹⁹ M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, *op. cit.*, n°116.

¹⁸²⁰ M. DESPAX, *ibid.*

¹⁸²¹ M. DESPAX, *ibid.*

les contours de la personnalité morale sur l'entité économique sous-jacente qu'est l'entreprise¹⁸²².

634. Il est vrai que d'un point de vue conceptuel, au regard des fondements traditionnels de la personnalité morale que sont l'existence de la volonté et de l'intérêt propre, on peut s'étonner de la solution consistant à reconnaître l'existence de la personnalité juridique non pas au niveau du groupe, mais au niveau des différentes structures qui le composent. En effet, le droit positif reconnaît lui-même l'existence d'un intérêt de groupe susceptible de prévaloir légitimement sur l'intérêt de la filiale¹⁸²³, de même que, parfois, l'existence d'une volonté unique commune à la société mère et à sa filiale, qui serait de nature à rendre impossible l'existence d'une entente entre ces deux entités « faute d'une pluralité de volontés »¹⁸²⁴. Et de même, si l'on a égard aux thèses qui font de la fonction de la personnalité morale son centre de gravité, et qui font par conséquent de l'entreprise le concept cardinal des SSPRL (en ce que ces dernières seraient l'outil d'organisation et de réalisation juridique de l'entreprise), on est *a priori* identiquement tenté de prôner la corrélation entre les contours de la personnalité morale conférée et ceux de l'entreprise sous-jacente qui en constitue la raison d'être¹⁸²⁵.

§2. Les tempéraments et obstacles marginaux à la fragmentation patrimoniale de l'entreprise

635. Prise en compte marginale en certaines branches du droit de l'entité économique sous-jacente pour divers effets – En certaines matières et pour l'application

¹⁸²² V. encore par exemple C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par action*, *op. cit.*, n°362, p. 274 : « l'indépendance économique des sociétés groupées est abolie sans que leur autonomie juridique soit apparemment mise en cause. Cependant, l'unité de direction économique qui caractérise le groupe tend à vider de sa substance juridique la personnalité morale des sociétés subordonnées. La personne morale subsiste intacte en apparence, mais elle tend à ne plus être qu'une apparence ». L'auteur, cependant semble finalement se détourner de la voie d'une remise en cause de l'autonomie patrimoniale de la société filiale car ses conséquences rendraient une telle solution inapplicable (v. n°372, p. 279). Rappr. R. CONTIN et H. HOVASSE, *art. cit.*

¹⁸²³ V. R. MARRAU, « Un paradoxe permanent du groupe de sociétés : indépendance contre unité économique de ses sociétés », *LPA* 5 août 1996, p. 4 et s., spéc p. 6 et s..

¹⁸²⁴ V. *infra* n°635 et s.

¹⁸²⁵ V. *supra* n° 450 et s. Rappr. C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par action*, *op. cit.*, n°360 et s., p. 272 et s., spéc. p. 274, n°362 : « l'indépendance économique des sociétés groupées est abolie sans que leur autonomie juridique soit apparemment mise en cause. Cependant, l'unité de direction économique qui caractérise le groupe tend à vider de sa substance

de certains dispositifs particuliers, le droit positif s'autorise parfois à s'affranchir du découpage formel auquel s'étaient livrés les constituants pour lui substituer sa propre conception de ce qui constitue un ensemble socio-économique cohérent méritant être traité juridiquement de manière unitaire.

Le droit du travail par exemple a très tôt eu recours à la notion d'*entreprise* et d'*ensemble économique et social* afin d'appréhender de manière unitaire ce que les employeurs s'ingénient à morceler en plusieurs structures¹⁸²⁶: « lorsque l'imbrication économique, sociale, financière et juridique des sociétés est telle que le découpage juridique disparaît devant l'unité économique et sociale qu'elles forment »¹⁸²⁷, le droit social traite pour l'application d'un certain nombre de règles, comme une entité unique, la pluralité de structures juridiques qui constituent cet ensemble¹⁸²⁸.

Les notions de *groupe de sociétés* et de *filiale* sont quant à elles connues de multiples pans du droit positif où elles sont prises en considération pour atténuer la rigueur de l'autonomie de principe des différentes structures qui composent un même groupe. Il en va ainsi non seulement en droit social (qui institue par exemple un comité de groupe¹⁸²⁹), mais aussi en droit de la concurrence (où il est par exemple établi qu'il ne peut y avoir d'entente entre une mère et sa filiale faute de rencontre de volontés¹⁸³⁰), en droit pénal (où la notion d'abus de biens sociaux est infléchie pour prendre en considération la poursuite de l'intérêt du groupe, justifiant un détournement des richesses d'une des sociétés qui le composent¹⁸³¹), comme en de multiples pans du droit privé (la recherche de l'intérêt du groupe sera par exemple un élément de nature à justifier l'acte de garantie de la dette d'autrui passé par l'une des structures du

juridique la personnalité morale des sociétés subordonnées. La personne morale subsiste intacte en apparence, mais elle tend à ne plus être qu'une apparence ».

¹⁸²⁶ V. T. LAMARCHE, « La notion d'entreprise », *art. cit.*, spéc. n°36.

¹⁸²⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.* n°2176, p. 878.

¹⁸²⁸ V. HILIG-POUDEVIGNE et LOUVEL, « La notion de groupe à l'épreuve du droit social » : *JCP E* 2005, 1393 ; G. BLANC-JOUVAN, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Dr. Social* 2005, p. 68 ; et plus généralement, v. T. LAMARCHE, « La notion d'entreprise, *art. cit.* et *supra* Titre 1, Chapitre 2.

¹⁸²⁹ Art. L. 439-1 et s. du Code du travail ; v. aussi art. L. 439-6 et s. ; rapp. art. L. 442-6 et L. 444-3 relatifs à la participation des salariés et l'épargne salariale.

¹⁸³⁰ Cons. Nat. Conc. 26 mars 1991.

¹⁸³¹ Cass. crim. 4 fev. 1985 (Rozenblum) *D.* 1985, jur. 478, note D. OHL ; *Rev Sociétés* 1985, p. 648 note BOULOC ; C.A. Versailles, 2 avril 2002, *RJDA* 2002 n°1150 ; *JCP E* 2002, 1639 n°8, obs. CAUSSAIN, DEBOISSY, WICKER.

groupe¹⁸³²) et en de nombreux autres domaines encore (en droit fiscal¹⁸³³, en droit de la presse¹⁸³⁴, en droit comptable¹⁸³⁵, etc.¹⁸³⁶)¹⁸³⁷.

La réglementation des groupes de sociétés reste cependant largement « impressionniste »¹⁸³⁸ et fragmentaire¹⁸³⁹ ; et pour l'essentiel, les tentatives de systématisation d'une réglementation du groupe de sociétés semblent avoir échoué¹⁸⁴⁰.

636. Les quelques mesures susceptibles de contrarier à la marge la stratégie de division des risques – annonce – En ce qui concerne plus particulièrement la question qui nous occupe, le principe d'une stricte indépendance patrimoniale des structures susceptibles pourtant d'être considérées comme composant une organisation économique unique gouverne aujourd'hui largement notre droit positif¹⁸⁴¹.

¹⁸³² V. R. MARRAU, « Un paradoxe permanent du groupe de sociétés : indépendance contre unité économique de ses sociétés », *LPA* 5 août 1996, p. 4 et s., spéc p. 6 ; S. SCHILLER, « Le cautionnement par une société dans les groupes familiaux », *Mélanges Bloch*, Bruylant, 2015, p. 207 et s. ; H. HOVASSE, *La validité des sûretés consenties entre sociétés groupées et le principe d'autonomie patrimoniale*, th. Rennes, 1974 ; E. SCHLUMBERGER, « Retour sur la jurisprudence relative aux garanties de la dette d'autrui octroyées par une société », *Mélanges H. Hovasse*, Lexis-Nexis 2016, p. 169 et s. ; G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN, V. MAGNIER, *op. cit.*, n°1561, p. 56. V. Cass. com. 29 mai 1972, *JCP* 1973, II 17337, note Y. Guyon, v. C. HANNOUN, *op. cit.* n°132, p. 96 et s. et les réf. citées.

¹⁸³³ V. not. L. BERNARDEAU, « Indépendance et dépendance juridiques ou économiques en fiscalité des entreprises », in « Indépendance juridique de la personne morale *versus* dépendance économique », Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATOME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p. 34 et s. ; v. CGI, art. 145, 146, 216 et Annexe II, art. 54 à 56 ; ou encore CGI, art. 209 quinquies, et annexe II, art. 1113 et s. ; rapp. M. DESPAX, *op. cit.* n°142 et s., p. 134 et s.

¹⁸³⁴ V. loi n° 84-937 du 23 octobre 1984 ; T. LAMARCHE, *art. cit.* n°36

¹⁸³⁵ V. art. L. 233-16 et s. du Code de commerce.

¹⁸³⁶ On pourrait évoquer encore par exemple la dérogation au monopole bancaire qu'institue l'article L.511-7, I, 3° CMF pour permettre des flux de trésoreries entre sociétés d'un même groupe. Ou encore, la récente coordination de procédures collectives affectant plusieurs sociétés d'un même groupe mise en place par le nouveau règlement européen insolvabilité n°2015/848 du 20 mai 2015 et rapp. art. L. 662-8 du Code de commerce.

¹⁸³⁷ V. not. sur ces questions J. PAILLUSSEAU, « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *D.* 2003, p. 2346.

¹⁸³⁸ B. GRIMONPREZ, *art. cit.* n°2.

¹⁸³⁹ V. C. HANNOUN, *op. cit.*, n°5 p 6 « Le droit positif répond de manière fragmentaire (à la question de l'indépendance juridique des sociétés membres d'un groupe), tantôt il le reconnaît le groupe, tantôt il le nie en affirmant l'indépendance juridique des sociétés qui le composent ».

¹⁸⁴⁰ V. not. sur ces questions, J. PAILLUSSEAU, « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *art. cit.*, spéc. §11. *Adde* « Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? », in : *Les techniques de concentration*, Litec, 1971 ; « Les groupes de sociétés - Analyse du droit positif français et perspectives de réforme », *RTD com.* 1972, p. 813 s.

¹⁸⁴¹ V. par ex. C HANNOUN, *op. cit.* n°156, p. 124 : « En droit positif, il paraît clair qu'aucune responsabilité de la société mère ne découle en tant que tel du contrôle qu'elle exerce sur ses filiales. Le principe est acquis : les sociétés sont juridiquement autonomes ; la société-mère ne saurait donc supporter aucune responsabilité du fait de ses filiales. Pour la même raison, la jurisprudence exclut la responsabilité des filiales du fait de la société-mère » ; et pour une présentation récente de la questions, v. les dossiers cités en note *infra*.

De manière marginale toutefois, il en est certains pans qui peuvent aboutir à contrarier cette stratégie de fragmentation de l'entreprise et conduire, de différentes manières, à briser la scission patrimoniale recherchée par les utilisateurs. Mais ces quelques réactions ne tendent cependant pour l'essentiel qu'à sanctionner les fautes (B) ou les maladroites de réalisation d'une telle stratégie (A), et, sauf exception (C), ne s'y opposent pas en son principe¹⁸⁴².

A. Les réactions du droit positif fondées sur un fonctionnement défectueux de la personne morale

637. En l'état du droit positif, nous avons eu l'occasion de le voir, l'unicité d'entreprise formée par une pluralité de structures personnifiées n'est pas, en elle-même, susceptible de remettre en cause l'autonomie patrimoniale des différentes structures qui la composent¹⁸⁴³, et il en va de même – cela semble aujourd'hui nettement établi – de l'appartenance à une communauté de groupe ou d'un lien de filiation entre deux sociétés¹⁸⁴⁴. En son état actuel, on peut dire que « la jurisprudence ne se risque que rarement à franchir le Rubicon de la personnalité morale. Et lorsqu'elle accepte de sacrifier les dogmes juridiques aux réalités économiques, c'est uniquement pour éradiquer les pathologies du système les plus graves »¹⁸⁴⁵.

Un temps, il est vrai – qui constitua peut-être l'âge d'or des doctrines de l'entreprise et des réflexions sur le groupe de société – un certain courant jurisprudentiel avait paru sensible à l'idée de faire de ces circonstances une cause d'extension de procédure collective mais une telle conception semble assurément abandonnée aujourd'hui¹⁸⁴⁶. En l'état actuel du droit positif, l'unicité d'entreprise ou

¹⁸⁴² V. notamment pour une présentation récente de ces questions, « Indépendance juridique de la personne morale *versus* dépendance économique », Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATOME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p. 21 et s. ; « La responsabilité dans les groupes de sociétés », dossier in *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, mai-juin 2017, p. 4 et s. ; « Actes du colloque de l'Université de Caen, Les groupes de sociétés : quels pouvoirs ? Quelle responsabilité ? », dir. J.-C. PAGNUCCO, *Dr. sociétés juin* 2017, n°6, p. 7 et s.

¹⁸⁴³ V. *supra* n° 494 et s.

¹⁸⁴⁴ V. not. C. HANNOUN, *op. cit.* n°156 et s. p. 124 et s. ; R. MARRAU, « Un paradoxe permanent du groupe de sociétés : indépendance contre unité économique de ses sociétés », *LPA* 5 août 1996, p. 4 et s., spéc. p. 5 ; D. SCHMIDT, « La responsabilité civile dans les relations de groupe de sociétés », *Rev Sociétés*, 1981, p. 725 et s., spéc. p. 736.

¹⁸⁴⁵ B. GRIMONPREZ, *art. cit.* n°3.

¹⁸⁴⁶ V. *supra* n° 494 et s.

l'appartenance à un groupe de sociétés sont des circonstances insuffisantes pour déclencher un tel effet lorsqu'elles ne s'accompagnent pas de la violation des principes de fonctionnement formels de la personnalité morale de chacune des structures ainsi que nous l'avons vu, comme par exemple le non respect d'une stricte affectation patrimoniale des richesses de chacune des structures ou le non respect de leurs procédures et formalités de fonctionnement (tenue en règle des assemblées générales, de la comptabilité, des procédures de nomination des dirigeants, etc.)¹⁸⁴⁷. Aussi, le contenu du droit positif contemporain en matière de fictivité, de confusion de patrimoine et d'extension de procédure collective¹⁸⁴⁸ semble pouvoir être résumé par ce simple énoncé que « les sociétés qui ne respectent pas la règle du jeu de l'autonomie (...) se trouvent privés d'en revendiquer le bénéfice »¹⁸⁴⁹. Mais tant que ces règles formelles de fonctionnement sont respectées, le montage semble échapper à toute sanction et l'autonomie patrimoniale jouera donc à plein¹⁸⁵⁰.

B. Le fondement de la faute utile à la mise en cause de structures liées

¹⁸⁴⁷ Idem.

¹⁸⁴⁸ On pourrait aussi ici évoquer le fondement de l'« apparence trompeuse », parfois retenue par certains arrêts (v. not. Cass. Ass. Plén. 9 oct. 2006, n° 06-11.056, *D.* 2006, 2933 note D. HOUTCIEFF, *JCP G* 2006 II 10175, note T. BONNEAU), qui permet au cocontractant de la filiale d'agir contre la société mère.

Cependant la jurisprudence s'oriente vers une assimilation du fondement de l'apparence et du fondement de « l'immixtion ». Aussi, les juges conditionnent-ils le succès d'une telle action à la démonstration d'une immixtion fautive de la société mère dans l'exécution du contrat, ayant été de nature à créer une apparence trompeuse, propre à faire naître légitimement la croyance que la société mère était aussi un contractant du créancier demandeur (v. C. TABOUROT-HYEST, note sous Cass. com. 12 juin 2012, n°11-16109, *Rev. sociétés* 2013, p. 95 ; H. BARBIER, « D'une personne morale à l'autre : transmission des dettes via l'entreprise sous-jacente », *RTD civ.* 2015 p.388). C'est sur le fondement de la faute que cette jurisprudence prospère désormais (v. Cass. com. 12 juin 2012 *précité*). Elle ne contredit pas notre appréciation selon laquelle, en droit positif, la remise en cause de l'autonomie patrimoniale des sociétés du groupe ne sera admise qu'à la condition d'un fonctionnement formellement défectueux des différentes structures en causes (v. sur cette jurisprudence, Cass. com 12 juin 2012, n°11-16109, *Rev. sociétés* 2013, p. 95, note C. TABOUROT-HYEST ; *Dr. Sociétés* 2015 n°4, com. 63, note R. MORTIER ; *RDC* 2012 p 1190, note Y.-M. LAITHIER ; *LPA* 4 mars 2013 p. 16, obs. A. DANIS-FATÔME ; Cass. com. 3 fevr. 2015 n°13-24895, *JCP E* 2015, n°14, comm. 1159, note B. DONDERO ; *D.* 2015 p. 374 et 2411 note F. LAMAZEROLLES. Et v. aussi J. SCHMEIDLER, « La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale », *D.* 2013, p. 584).

¹⁸⁴⁹ F.-X. LUCAS, préface de N. PELLETIER, La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective, LGDJ 2013, p. V.

¹⁸⁵⁰ V. not. , S. LE NORMAND-CAILLÈRE, « L'avenir de l'autonomie patrimoniale des sociétés mères : principe ou exception ? », *Mélanges H. Hovasse*, Lexis-Nexis 2016, p. 127 et s., spéc. n°14 p 133.

638. A la marge, on pourrait également noter que la stratégie de limitation des risques d'entreprise via son morcellement en une pluralité de structures peut parfois être partiellement déjouée par le jeu d'actions reposant sur le fondement de la faute¹⁸⁵¹. De portée très inégale, on relèvera pour l'essentiel à ce titre les actions en responsabilité pour insuffisance d'actif (1), les actions tendant à la remise en état de sites pollués (2) ou enfin celles tirées du devoir de vigilance récemment institué (3).

1. Faute de gestion et action en responsabilité pour insuffisance d'actif

639. Présentation – D'une part en effet, le droit commun de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est parfois le vecteur indirect d'une mise à la charge de la société mère des dettes de sa filiale à l'occasion de la procédure collective de cette dernière¹⁸⁵². En effet, parce qu'une telle action vise tant les dirigeants de droit que les « dirigeants de fait »¹⁸⁵³, il est tentant pour les liquidateurs de s'employer à démontrer que l'emprise et la domination effective de la société mère sur sa filiale en faillite relève d'un degré d'ingérence extraordinaire qui emporte sa qualification de dirigeant dans le but de mettre indirectement à sa charge une partie des dettes que la filiale laissera impayées à sa liquidation¹⁸⁵⁴. Cette action n'a néanmoins rien de spécifique à notre problématique d'une ventilation de l'entreprise en une pluralité de structures et ne fait qu'en croiser le champ. Tout d'abord, elle est dirigée à l'encontre du dirigeant – peu importe donc que celui-ci appartienne au groupe ou à l'entreprise de la société défaillante – et pour reconnaître l'existence d'une direction de fait, la jurisprudence exige la démonstration d'actes positifs d'immixtion particuliers auxquels ne saurait être assimilée la simple position de société mère. Ainsi les juges exigent-ils « des actes

¹⁸⁵¹ Rappr. D. SCHMIDT, « La responsabilité civile dans les relations de groupe de sociétés », *Rev Sociétés*, 1981, p. 725 et s., spéc. p. 727 et s.

¹⁸⁵² Rappr. C. DEL CONT, *op. cit.*, p. 135 et s.

¹⁸⁵³ Art. L. 651-2 et s. du Code de commerce ; v. not. C. SAINT-HALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficultés*, *op. cit.* 11^{ème} éd., n°1438 et s., p. 948 et s ; Cass. com. 9 mai 1978, *D.* 1979. 419, note M. VASSEUR. *Adde.*, J.-L. RIVES-LANGES, « La notion de dirigeant de fait », *D.* 1975. chron. 41 ; D. TRICOT, « Les critères de la gestion de fait », *Dr. et patr.* janv. 1996, p. 24.

¹⁸⁵⁴ V. B. GRIMONPREZ, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *art. cit.*, spéc. n°12 et s.

précis pouvant être imputés à la société mère, laquelle, même détentrice de la filiale à 99 %, n'est pas présumée en exercer la direction de fait »¹⁸⁵⁵.

Ensuite, à supposer cette direction caractérisée, le succès d'une telle action est conditionné à la démonstration d'une faute de gestion ayant causé l'insuffisance d'actif.

640. Portée – Ce sont donc bel et bien la faute et l'immixtion, et non la simple maîtrise de l'activité d'autrui qui se trouvent au fondement d'une telle responsabilité. Et l'appartenance à une communauté de groupe ou d'entreprise apparaît comme une circonstance ni suffisante, ni nécessaire au succès d'une telle action, même si, en pratique, cette action en responsabilité pour insuffisance d'actif peut parfois recouper le champ de la problématique qui nous occupe, en permettant en quelques occasions la mise en jeu de la responsabilité de la société mère lors de la liquidation de sa filiale.

Accessoirement, remarquons de surcroît que l'efficacité d'une telle action dans ce cadre apparaît en pratique toute relative¹⁸⁵⁶ : la « complexité et l'opacité des relations intragroupe » rendant bien difficile l'établissement de la preuve de la direction de fait¹⁸⁵⁷, sans compter qu'une fois cet obstacle franchi, il faut au liquidateur apporter la délicate preuve d'une faute de gestion ayant causé l'insuffisance d'actif de la société filiale.

2. Obligation de remise en état des sites pollués

641. Dans une semblable perspective, pourrait être évoqué l'article L. 512-17 du Code de l'environnement institué par la loi Grenelle II qui tend à mettre à la charge de la société mère la dette de remise en état du site en fin d'activité qui *a priori* devrait pourtant incomber à sa seule filiale en débâcle¹⁸⁵⁸.

¹⁸⁵⁵ B. GRIMONPREZ, *art. cit.* n°13 et v. Cass. com. 2 nov. 2005, *Rev. sociétés* 2006, p. 398, note D. PORRACHIA ; *Bull. Joly* 2006, p. 469, note F.-X. LUCAS.

¹⁸⁵⁶ B. GRIMONPREZ, *ibid.*

¹⁸⁵⁷ B. GRIMONPREZ, *ibid.*

¹⁸⁵⁸ V. not. sur cette question, T. MONTERAN, « Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité », *D.* 2010, p. 2859 et s. ; SABATHIER, « Gestion des passifs environnementaux de sites pollués : état des lieux des responsabilités liées à la cessation d'activité », *BDEI* juil. 2017, n°2240 ; J. E. VINUALES, « La distribution de la charge de protéger

Néanmoins ici encore (au rebours de la volonté originelle des concepteurs d'un tel dispositif¹⁸⁵⁹), le seul lien de filiation des deux structures ne suffira pas au prononcé de la sanction. Encore faudra-t-il pour cela que soit établi l'existence d'une « faute caractérisée » de la part de la société mère (visée cette fois *ès qualités* et non en qualité de dirigeant de fait) ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la filiale.

De sorte que le principe d'une autonomie patrimoniale des différentes structures de groupe ne se trouve que très légèrement égratigné par la portée d'une telle disposition. Outre qu'elle se limite à ne viser qu'une charge de nature très spécifique (la remise en état des sites pollués), le véritable fondement de la réparation qu'elle institue apparaît essentiellement dans « la faute caractérisée de gestion » pouvant être reprochée à la société mère. Aussi, cette disposition sera insusceptible de remettre en cause le principe d'autonomie patrimoniale toutes les fois où, bien qu'appartenant au même groupe, à la même entreprise, la preuve d'une faute caractérisée de la société dominante ne pourra être établie.

3. *Devoir de vigilance*

642. Présentation – Enfin on pourrait mentionner la « timide avancée »¹⁸⁶⁰ législative réalisée en la matière par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 introduisant un devoir de vigilance pour les « sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre »¹⁸⁶¹. Cette disposition vise en substance à contraindre celles-ci – à conditions qu'elles soient d'un certain type précis et d'une certaine importance¹⁸⁶² – à la mise en œuvre d'un plan de vigilance visant à « identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que

l'environnement : expressions juridiques de la solidarité », in A. SUPIOT (dir.), *Face à l'irresponsabilité, la dynamique de la solidarité*, Collège de France, 2018, p. 37 et s.

¹⁸⁵⁹ Le rapport dirigé par Mme Lepage, et remis au ministère du développement durable le 15 juin 2015 envisageait l'édiction au sein du Code civil d'un principe général de responsabilité de plein droit de la société mère pour les dommages environnementaux causés par la faute de sa filiale : « Toute société répond du dommage environnemental ou sanitaire causé par la faute de ses filiales ou sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce en cas de défaillance de ces dernières » (v. [http : //www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_lepage_cle542921.pdf](http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_lepage_cle542921.pdf), proposition n°68).

¹⁸⁶⁰ A. DANIS-FATOME et G. VINEY « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre » *D.* 2017, p.1610.

¹⁸⁶¹ Selon l'intitulé de la loi.

¹⁸⁶² V. L. 225-102-4 du Code de commerce et A. DANIS-FATOME et G. VINEY, *art. cit.*

l'environnement, résultant des activités » non seulement de la société considérée, mais aussi de celles de sociétés qui se trouvent sous sa dépendance, ainsi que de certains de ses partenaires¹⁸⁶³.

643. L'ambition de réaliser une certaine solidarité entre les structures du groupe – Dans une certaine mesure, cette disposition a bel et bien pour ambition de « responsabiliser » les sociétés mères des plus grands groupes en les astreignant à veiller aux comportements des sociétés sur lesquelles elles sont réputées disposer d'une certaine emprise. Néanmoins, sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans le détail de l'analyse d'une disposition « construit[e] sur des notions aux contours très incertains »¹⁸⁶⁴ et qui suscite de nombreuses interrogations, il est facile de constater le caractère *in fine* assez mineur de sa portée¹⁸⁶⁵ sur le terrain de la question qui nous occupe. Ce n'est en effet que de manière bien marginale qu'une telle mesure tempère le principe d'autonomie patrimoniale des structures juridiques grâce auquel la fragmentation de l'entreprise est utilisée comme levier de division des risques.

644. Les trop nombreuses faiblesses de la mesure – Tout d'abord en effet, le champ d'application d'une telle mesure se limite, d'une part, à certains types seulement de SSPRL (les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions selon l'ANSA¹⁸⁶⁶, mais certains auteurs pensent la disposition également applicable aux SAS¹⁸⁶⁷) ; d'autre part, aux seules structures appartenant à un groupe d'une importance considérable¹⁸⁶⁸, ce qui

¹⁸⁶³ Art. L. 225-102-4 du Code de commerce.

¹⁸⁶⁴ A. REYGROBELLET, « Devoir de vigilance ou risques d'insomnies ? » *RLDA* 2017, n°128, p. 35 et s., spéc. p. 36.

¹⁸⁶⁵ Sur la portée assez décevante de la mesure finalement adoptée (« beaucoup de bruit pour finalement pas grand chose »), v. not. C. COUPET et J. HEINICH, « Devoir de vigilance des sociétés mère et des entreprises donneuses d'ordre : une loi finalement adoptée mais amputée », *Droit des sociétés*, com. 128; rappr. G. VINEY, A. DANIS-FATOME, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017, p.1610.

¹⁸⁶⁶ V. sur ce point D. PORACCHIA, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », in B. BRIGNON, I. GROSSI (dir.), *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Joly 2018, p. 13 et s., spéc. p. 16 ; avis de l'ANSA rendu le 3 mai 2017, « Champ d'application de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : les SAS sont –elles tenues de mettre en place un plan de vigilance ? » ; v. aussi, D. POTIER, Rapport Ass. Nat. n° 2578 du 11 mars 2015 sur la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, p. 83 ; A. REYGROBELLET, « Devoir de vigilance ou risques d'insomnies ? », art. cit., spéc. n°11, p. 38.

¹⁸⁶⁷ En ce sens, v. not. PORACCHIA, *art. cit.*,

¹⁸⁶⁸ Le texte s'applique à la structure « qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger ».

réduit largement, de fait, le nombre de sociétés affectées¹⁸⁶⁹ (environ cent cinquante seulement selon le rapporteur de la proposition de loi¹⁸⁷⁰).

Ensuite, le devoir de vigilance institué, n'a vocation à prévenir que « les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement ».

En outre, la responsabilité susceptible d'être encourue par la société mère n'est nullement une responsabilité de plein droit à raison d'une faute, voire d'un simple fait causal de la filiale. Cette responsabilité n'est susceptible d'être engagée qu'à la condition que la société mère ait manqué à l'obligation de mettre en œuvre et de veiller à l'application d'un « plan de vigilance » visant à identifier et limiter les risques d'atteintes graves limitativement énumérées.

Il faudra enfin, pour qu'une telle responsabilité puisse être engagée, que soit apportée la preuve « bien malaisée »¹⁸⁷¹ d'un lien de causalité entre la méconnaissance du devoir de vigilance et les dommages subis par les victimes des agissements des filiales. Et l'on s'accorde pour cela à reconnaître qu'« à moins que la jurisprudence n'assouplisse à cette occasion sa conception du lien de causalité, le risque pour les sociétés paraît faible »¹⁸⁷², et qu'en l'état actuel du droit positif, les actions sur ce fondement ne sont « pas près d'aboutir »¹⁸⁷³.

Il convient de conserver à l'esprit de surcroît que, la mesure n'ayant nullement pour objet l'institution d'une responsabilité du fait d'autrui, quand bien même les différents obstacles jusqu'ici énumérés seraient dépassés, « seul peut être mis à la charge [de la société mère] le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter, et non l'entier dommage survenu »¹⁸⁷⁴.

¹⁸⁶⁹ Rapp. G. VINEY, A. DANIS-FATOME, *art. cit.*

¹⁸⁷⁰ D. POTIER, « Introduction » in « Indépendance juridique de la personne morale *versus* dépendance économique », Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATOME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p. 21 et s.

¹⁸⁷¹ G. VINEY, A. DANIS-FATOME, *art. cit.*

¹⁸⁷² C. COUPET et J. HEINICH, *art. cit.*, spéc. p. 31.

¹⁸⁷³ S. SCHILLER, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP G* 2017, 622, spéc. p. 27. En ce sens également, D. PORACCHIA, *art. cit.* spéc. n°13, p. 22 ; G. VINEY, A. DANIS-FATOME, *art. cit.* Plus nuancé, v. C. MALECKI, « Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : la France peut-elle faire cavalier seul ? », *Bull. Joly* 2015, p. 171.

¹⁸⁷⁴ A. REYGROBELLET, *art. cit.*, spéc. p. 42.

645. Un « leurre drapé de bonnes intentions »¹⁸⁷⁵ – « Beaucoup de bruit pour finalement pas grand chose » est-on donc tenté de conclure avec de nombreux commentateurs¹⁸⁷⁶ à l'analyse sommaire du dispositif finalement promulgué¹⁸⁷⁷.

La disposition, sans doute marquante en son principe sur le terrain des symboles, semble loin de pouvoir constituer un motif de satisfaction pour la frange de la doctrine qui « depuis des décennies » est, à l'instar de M^{me} Viney, « mobilisée pour que soit mis en phase “pouvoir et responsabilité” »¹⁸⁷⁸. Il est très vraisemblable en effet que dès lors que la société se sera pliée à l'obligation d'établir un plan de vigilance, la survenance d'un préjudice compris dans le champ de la disposition « n'entraînera quasiment jamais la responsabilité de la société concernée »¹⁸⁷⁹, de sorte que cette nouvelle mesure n'apparaît *in fine* que comme un bien marginal obstacle à la stratégie de multiplication des structures en vue d'une division des risques que nous envisageons.

C. Quelques aspects de droit spécial susceptibles de contrarier à la marge la stratégie de fragmentation de l'entreprise

646. Il semble que notre droit positif connaisse cependant un épiphénomène d'une sorte de responsabilité du fait d'autrui des sociétés mères du fait de leurs filiales. En droit de la concurrence, il est en effet admis l'imputation des comportements anticoncurrentiels des filiales aux sociétés qui les dominent, sans que n'ait à être rapportée pour cela la preuve d'un dysfonctionnement des personnes morales en cause, non plus que celle d'une faute de la société mère (1).

¹⁸⁷⁵ R. BISMUTH, « Remarques conclusives », in « Indépendance juridique de la personne morale *versus* dépendance économique », Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATOME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p. 56 et s., spéc. p. 58.

¹⁸⁷⁶ C. COUPET et J. HEINICH, *art. cit.*, spéc. p. 31.

¹⁸⁷⁷ Rapp., évoquant un dispositif auquel on aurait finalement « arrach[é] les dents », A. SUPIOT, *Face à l'irresponsabilité, la dynamique de la solidarité*, *op. cit.* p. 12 ; rapp. rapp. G. VINEY, A. DANIS-FATOME, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017, p.1610 ; I. PARACHKEVOVA, « Propos introductifs » in « Dossier La responsabilité dans les groupes de sociétés », *Actes pratiques et ingénierie sociétair*e, mai-juin 2017, p. 4 et s., spéc. n°11 p. 7 ; P. ABADIE et G. GOFFAUX CALLEBAUT, « La responsabilité fondée sur l'existence d'un risque particulier », in « Dossier La responsabilité dans les groupes de sociétés », *Actes pratiques et ingénierie sociétair*e, mai-juin 2017, p. 4 et s., spéc. p. 16 et s.

¹⁸⁷⁸ G. VINEY, A. DANIS-FATOME, *art. cit.*

En droit du travail, l'emploi renouvelé de la notion de co-emploi dans la jurisprudence récente de la chambre sociale de la Cour de cassation a pu laisser un temps penser que celle-ci s'engageait dans une voie similaire, en acceptant la mise à la charge des sociétés mères des dettes contractées par leurs filiales vis-à-vis de leurs salariés. Mais après une brève période d'hésitation, il apparaît aujourd'hui avec netteté que la Chambre sociale conditionne un tel effet juridique à la démonstration d'une immixtion extraordinaire de la société mère dans les affaires de sa filiale, ce qui tend à ramener peu ou prou sa position dans le sillon du droit commun de la fictivité fondé sur un fonctionnement défectueux de la personnalité morale de la société filiale (2).

¹⁸⁷⁹ I. PARACHKEVOVA, *art. cit.*, p. 4 et s., spéc. n°11 p. 7 et rappr. P. ABADIE et G. GOFFAUX CALLEBAUT, *art. cit.*

1. L'imputabilité des actes anticoncurrentiels de la filiale à la société mère

647. Responsabilité de la société dominante en droit de la concurrence – L'un des pans du droit de la concurrence mérite une attention particulière ici. En cette matière teintée d'un particulier pragmatisme et qui s'efforce de saisir « l'entreprise » indépendamment de ses formes juridiques¹⁸⁸⁰, il est admis depuis 1973¹⁸⁸¹ que la responsabilité d'une pratique anti-concurrentielle (abus de domination, entente, etc.) puisse être imputée à la société mère, ou à une autre entité du groupe qui tient sous sa domination la société s'étant matériellement livrée à l'acte répréhensible¹⁸⁸². Et cette position, nettement à contre-courant du reste du droit positif vaut non seulement dans le cadre d'un litige tenant au prononcé de la sanction administrative qu'appelle l'acte anticoncurrentiel, mais semble également à l'œuvre désormais dans le cadre du contentieux de la réparation des dommages causés par la pratique anti-concurrentielle¹⁸⁸³ : ainsi « toutes les personnes physiques ou morales composant l'entreprise sont responsables des dommages causés par l'entreprise » à raison d'une pratique anticoncurrentielle¹⁸⁸⁴.

648. Un mécanisme vigoureux de responsabilité solidaire – Dans l'hypothèse où la société à l'origine de la pratique anticoncurrentielle se trouve être une filiale dont

¹⁸⁸⁰ V. par exemple D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD, M. DEPINCÉ, *Droit de la concurrence*, Lexis-Nexis, 2010, n°231 et s., p. 197 et s. ; M. PASTUREL, « Entreprise et raisonnement économique. Quelle place dans le droit positif ? L'exemple de la concurrence », in *Mélanges P. Bézard*, Montchrestien 2002, p. 273 et s., spéc. p. 273. Et rapp. *supra supra* n° 529 et s.

¹⁸⁸¹ CJCE, 21 févr. 1973, aff. 6-72, Europemballage Corporation, Continental Can.

¹⁸⁸² V. not. O. ANCELIN-MENAIS, « L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles », *JCP E* 2008, 1428, G. DECOCQ, « La responsabilité en droit des pratiques anticoncurrentielles des sociétés mères du fait de leurs filiales », *RJ com.* 2007, n° 4, p. 281 et s.

¹⁸⁸³ Cette solution semble aujourd'hui affirmée tant par le droit européen (v. not. A. CONSTANS, « Un nouveau cas de responsabilité civile du fait d'autrui », obs. sous CJUE, 14 mars 2019, aff. C-724/17, *Vantaan c/ Skanska*, *JCP E* 2019, 1286 : « Ainsi donc la notion d'entreprise doit-elle dorénavant permettre de désigner non seulement le débiteur de l'amende administrative, mais également celui des dommages-intérêts dus aux victimes de pratiques anticoncurrentielles ») qu'en droit interne (v. art. L 481-2 du Code de commerce, M. CHAGNY, « Responsabilité concurrentielle et civile de l'entreprise », *Contrats Concurrence Consommation* n° 7, Juillet 2017, dossier 6 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Du débiteur de la réparation dans l'ordonnance du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles », *RDC* 2017, p. 310 et s.). G. DECOCQ, « Synthèse du droit français et européen en matière d'imputabilité et de responsabilité civile et pénale », *AJCA* 2015, p. 56 ; E. CLAUDEL, « Responsabilité au sein des groupes en droit de la concurrence, un exemple à suivre ? » in « Indépendance juridique de la personne morale versus dépendance économique », Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATOME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p. 23 et s., spéc. p. 25-26 ; v. art. L481-2 du Code de commerce.

¹⁸⁸⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Du débiteur de la réparation dans l'ordonnance du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles », *art. cit.*, spéc. p. 310.

l'intégralité ou la quasi intégralité du capital est détenue par la société mère, une présomption (qui tend au vu de la jurisprudence récente à devenir « quasi irréfragable »¹⁸⁸⁵) d'absence d'autonomie est même établie par les juges qui retiennent, dans cette hypothèse et pour cette raison, la responsabilité de la mère des actes de sa filiale (solidairement avec celle-ci), à moins qu'elle n'apporte la preuve que sa filiale a agi en toute autonomie¹⁸⁸⁶.

Dans l'hypothèse où la filiale n'est que partiellement détenue, la responsabilité de la structure tierce sera retenue à la condition que soit apportée la preuve d'une domination effective par faisceaux d'indices, parmi lesquels on relève notamment « la composition du conseil d'administration de la société affiliée qui compte un ou plusieurs représentants de la société mère, l'existence de rapports à la société mère sur l'activité de la filiale, des instructions claires sur la politique commerciale de la société affiliée et des rapports sur la mise en œuvre des instructions, (...) l'approbation du budget et du plan opérationnel de la filiale par la société mère, la présence de la société mère sur le même marché que la société filiale, (...) ou encore l'usage du même nom commercial par la société mère et sa filiale »¹⁸⁸⁷.

L'idée essentielle qui irrigue ce régime juridique, qui semble heurter un certain nombre de principes parmi les plus fermement établis – « autonomie des personnes morales, effet relatif des contrats, personnalité des peines... »¹⁸⁸⁸ –, tient à l'évidence à l'idée que « le libre arbitre sous-tend la responsabilité dont il forme à la fois l'assise et la limite. C'est pourquoi les mères doivent assumer les choix qu'elles imposent à leurs filles »¹⁸⁸⁹.

Mais d'autres données de nature davantage économique comme le fait d'agir sur un même marché¹⁸⁹⁰ ou le sentiment donné aux tiers qu'existe une seule et même

¹⁸⁸⁵ V. A. EL MEJRI, « Sanction de la société mère du fait de la pratique anticoncurrentielle de la filiale : la jurisprudence se durcit », note sous Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-19.120, *JCP E* 2018, 1051.

¹⁸⁸⁶ Principe nuancé cependant par Cass. com., 18 oct. 2017, *précité*.

¹⁸⁸⁷ O. ANCELIN-MENAIS, « L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles », *JCP E* 2008, 1428, spéc. n° 7.

¹⁸⁸⁸ A. EL MEJRI, *art. cit.*, n°5.

¹⁸⁸⁹ G. DECOCQ, « La responsabilité en droit des pratiques anticoncurrentielles des sociétés mères du fait de leurs filiales », *RJ com.* 2007, n° 4, p. 281 et s., spéc. p. 296.

¹⁸⁹⁰ Le fait que mère et filiale n'agissent pas sur le même marché semble avoir permis à la mère de s'exonérer de sa responsabilité (v. Comm. CE, déc. 20 oct. 2004, aff. COMP/C.38.238/B.2, Tabac Brut – Espagne) ; O. ANCELIN-MENAIS, « L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles », *art. cit.*, note 36.

entreprise¹⁸⁹¹ sont également prises en considération par les juges dans le cadre de leur raisonnement aux fins de décider de l'imputabilité à la mère des agissements de sa filiale.

649. Le droit de la concurrence semble donc ne pas tenir compte ici de la dissociation formelle en plusieurs structures de ce qu'il considère comme une seule et même entreprise et fonde cette appréciation essentiellement sur l'existence d'une unité de centre de décision et d'organisation que peuvent venir corroborer divers indices économiques.

À la marge, on pourra remarquer que cette position en matière de répression des actes anticoncurrentiels adoptée depuis près d'un demi-siècle ne paraît étonnamment pas susciter de particulière résistance ou d'indignation de la part de la doctrine ou de la pratique¹⁸⁹². Sa longévité semble attester de surcroît de la maniabilité de ces sortes de concepts que sont le groupe, la « domination effective » ou encore l'entreprise, qui l'innervent et dont il est courant de prétendre pourtant que leurs contours seraient trop incertains pour en faire les piliers d'une réglementation ferme, sans livrer notre droit au chaos de l'insécurité juridique¹⁸⁹³. Aussi peut-on se demander pourquoi les justifications qui commandent de telles solutions ne sont tenues pour valables que dans cette seule branche du droit¹⁸⁹⁴ (d'autant qu'il s'agit là pour une large part de droit « répressif »¹⁸⁹⁵, « relevant de la matière pénale au sens de l'article 6 CEDH »¹⁸⁹⁶ et où la sécurité juridique devrait, par conséquent, être tenue pour impératif particulièrement impérieux¹⁸⁹⁷).

¹⁸⁹¹ Via l'utilisation par la mère et sa filiale d'une dénomination commerciale commune : v. Comm. CE, déc. 3 mai 2006, aff. COMP/F/38.620, Hydrogen Peroxide and Perborate.

¹⁸⁹² V. par exemple, G. DECOCQ, « La responsabilité en droit des pratiques anticoncurrentielles » *art. cit.* ; comp. cependant E. CLAUDEL, « Responsabilité au sein des groupes en droit de la concurrence, un exemple à suivre ? » *art. cit.*, spéc. p. 24 : l'auteur affirme que la jurisprudence en la matière n'est pas à l'abri de nombreuses et bruyantes critiques, mais pour justifier cette assertion, se borne à faire état de critiques portées par les plaideurs à l'occasion de litiges où ils sont visés par ce dispositif. La démonstration est assez peu probante : il va de soi que les avocats des sociétés en cause feront feu de tout bois pour faire échapper leur client à la responsabilité qu'ils encourent, et il est évident qu'ils chercheront dans ce cadre à remettre en cause le principe même de cette extension d'imputabilité par lequel le droit de la concurrence s'illustre. Ce phénomène, qui semble parfaitement naturel ne nous paraît pas attester véritablement du rejet de ce dispositif par la pratique ou la doctrine.

¹⁸⁹³ Rapp. *supra* n° 466 et s. et n° 528 et s.

¹⁸⁹⁴ V. E. CLAUDEL, *art. cit.*

¹⁸⁹⁵ Sur ce qualificatif, v. L. IDOT, « La responsabilité des personnes morales : les leçons du droit européen de la concurrence », *Concurrences* n° 1/2012, févr. 2012, p. 55 et s., spéc. n°1.

¹⁸⁹⁶ L. IDOT, *art. cit.*, spéc. n°6 : « Même en l'absence de sanctions pénales, nul ne conteste que le droit des pratiques anticoncurrentielles du moins dans le cadre des procédures d'interdiction, relève de la matière pénale au sens de l'article 6 CEDH »

¹⁸⁹⁷ Rapp. E. DREYER, *Droit pénal général*, Lexis-Nexis, 4^{ème} éd., 2016, spéc. n°273 et s., p. 223 et s.

2. La notion de co-emploi en droit du travail

650. Évolutions jurisprudentielles relatives à la notion de co-emploi, présentation¹⁸⁹⁸ – Dans un semblable ordre d'idée, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation a développé depuis une quinzaine d'années une acception originale de la notion de co-emploi qui lui permet de mettre à la charge de la société mère les dettes de sa filiale en débâcle.

Alors que classiquement la situation de co-emploi, qui a pour effet d'adjoindre à l'« employeur nominal » un nouveau débiteur solidaire des dettes issues de la relation de travail, reposait, en bonne logique, sur la démonstration d'un lien de subordination effectif entre la société co-employeur et le salarié qui s'en prévalait¹⁸⁹⁹, la Cour de cassation a entrepris de donner à la notion une tournure plus collective et objective qui tend à la faire entrer dans le champ de la problématique qui nous occupe.

La Haute juridiction a pu en effet consacrer l'idée que le co-emploi pouvait être caractérisé « sans qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un rapport de subordination individuel de chacun des salariés »¹⁹⁰⁰ de la filiale à l'égard de la société mère, et qu'il pouvait simplement se déduire de la « confusion d'intérêts, d'activité et de direction »¹⁹⁰¹ entre les sociétés en cause. Les juges justifiaient cette position hétérodoxe par l'idée que « malgré la différence de leurs personnalités juridiques, il existe entre des entreprises distinctes une confusion des intérêts, des activités et de la direction telle qu'elles forment en réalité, au regard du rapport de travail, une seule entreprise »¹⁹⁰².

¹⁸⁹⁸ V. plus généralement sur les outils employés par le droit social pour rétablir les liens entre pouvoir et responsabilité, E. PESKINE et T. SACHS, « Flux et reflux des logiques de responsabilisation dans les organisations complexes, l'exemple du droit du travail » in « Indépendance juridique de la personne morale *versus* dépendance économique », Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATOME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p. 27 et s.

¹⁸⁹⁹ V. par exemple Cass. Soc. 13 juin 2006, n° 04-43.878.

¹⁹⁰⁰ V. Cass. Soc., 28 sept. 2011, n° 10-12.278, D. 2012. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; *Bull. Joly* 2012, n° 15, p. 59, note N. MORELLI ; *JCP S* 2011, 1548, note H. GUYOT.

¹⁹⁰¹ Cass. soc. 22 juin 2011, n° 09-69.021, *RDT* 2011. 634, obs. G. AUZERO ; déjà 24 nov. 1993, n° 90-41.751, *Bull. civ.* V, n° 283 ; *Dr. soc.* 1994. 43

¹⁹⁰² *Rapport* de la Cour de cassation 2011, p. 455 ; *rappr.* Cass. soc., 1er juin 2004, n°02-41.176 et n° 02-41.775 ; Cass. soc., 8 novembre 2006, n° 04-43.887, 04-43.888 et 04-44.028 ; Cass. soc., 6 mars

Bien entendu, c'est dans le cadre des groupes de sociétés que cette jurisprudence trouva à s'épanouir et elle permit effectivement, dans de nombreuses affaires, de faire supporter aux sociétés mères ou « grand-mères » les dettes de leurs filiales en faillite vis à vis de leurs salariés (salaires, indemnités de licenciements, etc.)¹⁹⁰³.

651. Retour de la Chambre sociale à l'orthodoxie – Cela dit, la « menace »¹⁹⁰⁴ qu'une telle jurisprudence fait peser sur le principe d'autonomie patrimoniale qui structure les groupes de société s'avère aujourd'hui bien moindre qu'ont pu un temps le craindre certains, et le co-emploi s'avère finalement loin de constituer le « virus »¹⁹⁰⁵, ou la « baguette magique capable de transformer n'importe quelle société mère d'un groupe (ou sous-groupe) en employeur des salariés de l'une de ses filiales (...) »¹⁹⁰⁶, que l'on a pu redouter¹⁹⁰⁷.

Il apparaît en effet admis désormais que la Cour de cassation n'entend nullement se satisfaire, pour caractériser une situation de co-emploi, de la simple existence des liens de domination et d'intérêts communs qui découlent naturellement de l'état de filiation unissant une société mère et sa filiale, non plus que de la mise en place d'une politique de groupe.

2007, n° 05-41.287 ; Cass. soc. 19 juin 2007, n° 05-42.570, *RDT* 2007, p. 543, obs. F. JAULT-SESEKE ; Cass. soc. 18 janv. 2011, n° 09-69.199, *D.* 2011, p.382; *ibid.* 2012, p.901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; *Rev. sociétés* 2011, p. 154, note A. COURET ; *Dr. soc.* 2011, p. 372, note G. COUTURIER ; *ibid.* 2012, p. 995, étude B. GAURIAU ; *RDT* 2011, p. 168, étude F. GEA ; *ibid.* 285 ; Cass. soc. 30 nov. 2011, n° 10-22.964, *D.* 2011, p. 3004; *ibid.* 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* 2331, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *Dr. soc.* 2012, p. 140, note A. DEVERS.

¹⁹⁰³ V. not. pour les plus célèbres, les affaire *Jungheinrich AG* (Soc. 18 janv. 2011, n° 09-69.199, *D.* 2011. 382 ; *ibid.* 2012. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; *Dr. soc.* 2011, p. 372, note G. COUTURIER ; *ibid.* 2012, p. 995, étude B. GAURIAU ; *Rev. sociétés* 2011. 154, note A. COURET ; *RDT* 2011. 168, étude F. GEA ; *ibid.* 285, Controverse L. DRAI et C. PARES ; *Bull. Joly* 2012, p. 168, n° 75, note G. LOISEAU ; *JCP S* 2012, 1052, note P. MORVAN ; Soc. 30 nov. 2011, n° 10-22.964, *précité* ; *Metaleurop SA*, (Cass. Soc. 28 sept. 2011, n° 10-12.278, *D.* 2012. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; *Bull. Joly* 2012. 59, n° 15, note N. MORELLI ; Cass. Soc. 12 sept. 2012, n° 11-12.343, *LPA* 15 nov. 2012, p. 3, note G. TEOUL) ; *Novoceram* (Cass. Soc. 22 juin 2011, n° 09-69.021, *D.* 2012. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; *RDT* 2011. 634, obs. G. AUZERO).

¹⁹⁰⁴ P.-H. ANTONMATTEI, « Groupe de sociétés : la menace du co-employeur se confirme ! », *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1484, p. 12.

¹⁹⁰⁵ L'expression est de G. LOISEAU, « La qualité de co-employeur, nouveau virus des groupes de sociétés », *BJS* 2012, p. 168.

¹⁹⁰⁶ Expression rapportée par G. AUZERO, « La qualité de co-employeur », *Rev. trav.* 2011, p. 634 et s.

¹⁹⁰⁷ En ce sens notamment, G. AUZERO, « La qualité de co-employeur », *art. cit.*

Après une courte période où elle sembla tentée par une conception large et souple du co-emploi¹⁹⁰⁸, la Chambre sociale vint vite durcir et clarifier sa position en affirmant dans un célèbre arrêt *Molex* qu'« hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre que, s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière »¹⁹⁰⁹.

Aussi la Haute juridiction exige-t-elle depuis la démonstration d'une immixtion particulière dans la gestion de la filiale¹⁹¹⁰ et ne réserve cette qualification qu'à des « situations exceptionnelles »¹⁹¹¹. Aussi, en l'état actuel de la jurisprudence, le co-emploi ne renvoie vraisemblablement plus qu'à « la figure pathologique de l'immixtion "dans la gestion économique et sociale" de l'employeur »¹⁹¹² et ne saurait être déduit du seul exercice par la société contrôlante de ses prérogatives naturelles d'actionnaire dominant¹⁹¹³, non plus que de la mise en œuvre d'une politique de groupe coordonnée à l'échelle de la société mère¹⁹¹⁴.

652. Alignement de la notion sur logique de la fictivité – Aussi, si l'utilisation jurisprudentielle de la notion de co-emploi a pu un temps être pensée, à tort ou à raison, comme le biais d'une réunification patrimoniale des différentes entités du groupe au profit

¹⁹⁰⁸ V. not. sur ce point, G. LOISEAU, « La qualité de co-employeur, nouveau virus des groupes de sociétés », *art. cit.*, G. AUZÉRO, *art. cit.*

¹⁹⁰⁹ Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-15.208 2 juill. 2014, n° 13-15.208, *D.* 2014. 1502, 2147, obs. F.-X. LUCAS, et 2015. 829, obs. P. LOKIEC ; *Rev. sociétés* 2014. 709, note A. COURET et M.-P. SCHRAMM ; *RDT* 2014. 625, obs. M. KOCHER ; *Rev. crit. DIP* 2015. 594, note F. JAULT-SESEK ; v. aussi J.-F. CESARO et E. PESKINE, « Le co-emploi sur la sellette », *RDT* 2014. 661.

¹⁹¹⁰ V. cependant Soc. 23 sept. 2015, n° 14-16.538, *Bull. Joly Sociétés* 2015, p. 631, obs. G. AUZÉRO.

¹⁹¹¹ Selon les termes de son conseiller doyen (P. BAILLY, *Le co-emploi : une situation exceptionnelle*, *JCP S* 2013. 1142).

¹⁹¹² F. X. LUCAS, « Co-emploi et responsabilité de l'actionnaire », *Bull. Joly* 2014, p. 418 et s.

¹⁹¹³ V. E. SCHLUMBERGER, « Caractérisation d'une situation de co-emploi » *Rev. sociétés* 2017, p. 149 ; v. aussi S. LE NORMAND-CAILLÈRE, « L'avenir de l'autonomie patrimoniale des sociétés mères », *art. cit.*, spéc. n°15, p. 134 et s.

¹⁹¹⁴ Même lorsqu'elle se traduit par des mesures concrètes de soutien financiers notamment à la société filiale, V. Cass. soc. 6 juill. 2016, n° 14-27.266, aff. *Continental*, *D.* 2016, p. 2096, note R. DAMMANN et S. FRANÇOIS ; *ibid.* 2025, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *RDT* 2016. 560, obs. S. VERNAC ; *Bull. Joly entr.* 2016, n° 1132, p. 305 ; *Bull. Joly* 2016, n° 1150, p. 597, note J.-P. LABORDE ; *JCP* 2016, 960, note Y. PAGNERRE ; *JCP S* 2016. 1317, étude G. LOISEAU ; et Cass. soc. 6 juill. 2016, n° 14-26.541, aff. *Proma*, *D.* 2016. 1571 ; *ibid.* 2025, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *RDT* 2016. 560, obs. S. VERNAC ; *Bull. Joly* 2016, n° 115, p. 597, note J.-P. LABORDE ; *JCP* 2016. 960, note Y. PAGNERRE.

des salariés qui serait commandée par le seul état de dépendance de la filiale vis à vis de la société mère et de l'unicité d'entreprises qu'elles forment, il apparaît aujourd'hui assez clairement que la jurisprudence de la Chambre sociale tend à s'aligner sur les conceptions désormais classiques du droit des procédures collectives et du droit des sociétés, en n'acceptant une mutualisation des dettes des sociétés du groupe que dans l'hypothèse où l'immixtion de la société mère dans les affaires de sa filiale relèverait du non respect de son autonomie juridique¹⁹¹⁵. Même s'il est vrai que le degré de méconnaissance de l'autonomie juridique requis pour caractériser une situation de co-emploi semble inférieur à celui auquel le droit commun des sociétés et des procédures collectives conditionne le constat de la fictivité, les deux notions tendent à converger et procèdent désormais de la même logique ; ce qui conduit d'ailleurs certains auteurs à appeler simplement à leur confusion, évolution qui paraît plus que vraisemblable¹⁹¹⁶.

653. Conclusion de paragraphe – Il ressort donc de l'étude de ces différentes mesures susceptibles, à la marge, de constituer quelques obstacles à la stratégie de fragmentation de l'entreprise que nous évoquions, que notre droit positif ne cherche nullement à condamner en son principe un tel montage. Celui-ci est en soi tenu pour valable et il lui est donné un plein effet sur le terrain de la limitation des risques. Chaque structure en effet, dotée d'une personnalité propre et d'un patrimoine étanche, répondra seule des dettes qui lui auront été imputées et, en cas de faillite, l'autonomie des différentes entités sera valablement opposée aux créanciers. Le groupe se débarrassera de sa structure en débâcle et les poursuites des créanciers ne pourront porter au delà de ce que borne le patrimoine de la personne juridique à laquelle la dette est imputée. L'appartenance de leur débiteur à une entité économique et sociale plus vaste étant, par principe, tenue pour indifférente¹⁹¹⁷.

Quelques mesures éparses sont néanmoins à la portée des créanciers pour tempérer la rigueur de cette solution, mais le déclenchement de celles-ci supposera généralement la démonstration d'une faute et/ou d'un fonctionnement défectueux de la personne

¹⁹¹⁵ En ce sens, L. D'AVOUT et S. BOLLEE, « Chronique de droit du commerce international », *D.* 2016, 2025 : « Le critère de la confusion d'intérêts et de l'immixtion dans la gestion, marquant la convergence probable de la jurisprudence sociale et du droit des procédures d'insolvabilité, doit permettre de saisir des situations de négation permanente de l'autonomie juridique des personnes morales ». V. *supra* n° 416 et s.

¹⁹¹⁶ V. G. AUZÉRO, « Co-emploi : en finir avec les approximations ! », *Rev. trav.* 2016, p. 27.

¹⁹¹⁷ Pour une illustration notable, v. l'affaire *Metaleurop*, Cass. com. 19 avr. 2005, n° 05-10.094, *Bull. civ.* IV, n° 92 ; *D.* 2005. 1225, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2005, p. 541, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Rev. sociétés* 2005, p. 897, note D. ROBINE et J. MAROTTE ; *Mélanges Jestaz, op. cit.*, p. 503, étude E. SCHOLASTIQUE.

morale (immixtion disproportionnée, abus de la personnalité morale, confusion de patrimoines, non respect des formalités de fonctionnement).

Le régime de répression des pratiques anticoncurrentielles fait figure d'un étonnant îlot de résistance : indifférent à la fragmentation de l'entreprise en une pluralité de structures, il tient responsable d'agissement de filiales d'autres sociétés composant l'entreprise à laquelle la filiale appartient lorsqu'elles exercent sur celle-ci une domination. Un temps, la jurisprudence de la Chambre sociale a semblé s'orienter vers une solution comparable en usant de la notion de co-employeur pour tenir responsable les sociétés dominantes du groupe de certaines dettes de leurs filiales, mais tout laisse à croire aujourd'hui que les Hauts magistrats prennent la voie d'un retour dans le rang en abandonnant cette position audacieuse¹⁹¹⁸.

¹⁹¹⁸ V. cependant à propos d'un retour à une certaine rigueur envers les sociétés mères par la Chambre sociale, fondée désormais sur le terrain de la responsabilité pour faute, Cass. soc. 2 juillet 2014, n°13-15.208 à 13-21.153, *Bulletin Joly Sociétés* 2014, n°10, p. 418, note F.-X. LUCAS ; *Revue des sociétés* 2014 p.709 et s., note A. COURET, et sur la portée incertaine de cet arrêt, v. Y. PAGNERRE, « La faute de la société mère : des divergences à surmonter », *JCP S*, 2014, n°49, act. 436 ; S. LE NORMAND-CAILLÈRE, *art. cit. spéc.*, n°19, p. 137.

§3. La délicate justification d'un tel état du droit

654. Avant de présenter les raisons qui permettent d'expliquer le maintien en l'état du droit positif (B), il convient de montrer brièvement en quoi consiste son déséquilibre (A).

A. Le déséquilibre introduit

655. La liberté de détermination du risque supporté par les utilisateurs de ce régime – Ainsi que s'est efforcé à le mettre en évidence M. Despax, ce phénomène de fragmentation de l'entreprise introduit une rupture entre l'outil juridique qu'est la SSPRL et l'entité économique sous-jacente qu'est l'entreprise à l'organisation de laquelle la SSPRL est censée servir¹⁹¹⁹ : il constitue, selon les termes de cet auteur, l'archétype le plus éclatant du divorce « entre les formes juridiques et leur substratum économique »¹⁹²⁰.

En admettant la possibilité de réalisation d'une telle rupture et l'absence de corrélation nécessaire entre l'entité juridique et l'entité économique sous-jacente, notre droit laisse aux mains des constituants et de ceux qui seront structurellement institués à leur suite, maîtres de l'entreprise et bénéficiaires de ses fruits, un levier de détermination unilatérale et discrétionnaire de l'étendue des risques de l'activité qu'ils supportent.

L'étendue de ces risques n'est en effet nullement déterminée par référence à un élément objectif que seraient les frontières de l'entreprise, dès lors que les utilisateurs peuvent valablement segmenter cette dernière en érigeant entre ses différents pans qu'ils dessinent à leur guise autant de « cloisons coupe-feu » qu'ils le souhaitent – lesquelles, naturellement laissent s'échapper les profits qui remontent la chaîne des structures enchevêtrées, mais emprisonnent les dettes.

Or, parce que cette segmentation n'apparaît en son principe encadrée par aucun critère objectif, ni soumise à aucune contrainte particulière, elle peut être considérée comme abandonnée à la liberté discrétionnaire de ceux qui profitent de ce régime

¹⁹¹⁹ Rappr. J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *art. cit.* et v. Titre 1, Chapitre 2, n° 430 et s.

¹⁹²⁰ M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, op. cit., n°116 ; rappr. C. DEL CONT, *op. cit.*, p. 103 ; J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *art. cit.* ; et rappr. *supra* Titre 1, Chapitre 2, n° 430 et s.

(sous les réserves que nous avons évoquées et notamment l'exigence d'un fonctionnement formellement respectueux de l'autonomie juridique des différentes structures en jeu)¹⁹²¹. Pour cette raison, cet aspect du droit positif des SSPRL nous paraît difficile à accepter.

656. Caractère excessif et illégitime de cette liberté de segmentation – En effet, le régime dérogatoire dont les utilisateurs de SSPRL profitent emporte mécaniquement le report sur d'autres agents des risques auxquels ils sont eux-mêmes soustraits. Ce sont tous ceux que le droit positif reconnaît créanciers et dont, partant, il estime légitime – pour les raisons les plus diverses et parmi lesquelles les plus impérieuses – qu'ils bénéficient de l'enrichissement du montant de la créance qui leur est reconnue qui seront indifféremment sacrifiés sur l'autel de la compétitivité économique¹⁹²².

Or, si ce régime de SSPRL institue en son principe une répartition dérogatoire des risques de l'entreprise qui favorise les associés en reportant sur les créanciers sociaux une part de ces risques normalement dévolue aux premiers, il semble difficile d'accepter que les bénéficiaires de ce régime de faveur soient de surcroît en mesure d'agir discrétionnairement et unilatéralement sur l'équilibre de cette répartition du risque.

Les associés ne sauraient, autrement dit, être à la fois parties à cette répartition et architectes de celle-ci. Le droit (et le législateur) se doit de veiller aux intérêts des autres catégories concernées par cette répartition et ne saurait abandonner l'élaboration de cette dernière à la liberté de l'une des parties qu'elle affecte.

657. En s'émancipant de l'entreprise le régime s'émancipe corrélativement de ses justifications – Outre cette liberté excessive laissée à l'une des parties affectées par cette mesure d'en régir unilatéralement les modalités, le phénomène de fragmentation de l'entreprise que nous visons ici apparaît aussi source de déséquilibre à un autre titre qui rejoint les propos que nous consacrons plus haut à la décorrélation des apports de leur fonction originelle, et à leur libre et discrétionnaire détermination qui en découle¹⁹²³.

¹⁹²¹ V. *supra* n° 416 et s., et n° 637 et s..

¹⁹²² V. *supra* n° 579 et s. et rapp. *infra* n° 637 et s..

¹⁹²³ V. *supra*, Sous-section I, n° 588 et s.

En s'émancipant des représentations communes et des conceptions économiques et sociales de l'entreprise, le régime des SSPRL s'émancipe du même coup de ses propres justifications, où l'entreprise occupe assurément une place centrale¹⁹²⁴.

Car si la justification de la mise à l'abri du patrimoine personnel des associés repose sur cette idée d'isoler des autres pans de leurs activités juridiques respectives l'entreprise qu'ils mettent en œuvre au sein d'une « poche juridique » autonome, cette même justification politique semble naturellement appeler qu'en contrepartie, tous les biens affectés à cette entreprise réponde, en sens inverse, de toutes les dettes qui naissent de cette dernière¹⁹²⁵.

Sur le terrain des justifications politiques, ce sont les représentations économiques et sociales qui priment : le sentiment de justice qui les innerve ne se paye pas de mot et reste indifférent aux constructions juridiques qu'il tient pour artificielles lorsqu'elles ne sont plus en prise avec les représentations communes.

De sorte que pour la question qui nous occupe de l'établissement du périmètre de la garantie des dettes des SSPRL, le traitement individualisé de différentes structures juridiques apparaîtra injustifié chaque fois que celles-ci composent ensemble ce que les représentations communes et les conceptions économiques et sociales appréhendent comme une entreprise unique. Ce qui sera notamment le cas lorsqu'elles peuvent être singulièrement perçues comme un simple rouage d'une organisation qui les dépasse. Ce qui peut notamment se déduire du fait que leur gestion procède d'un centre de décision unitaire et que celle-ci tend à la recherche, non de leur intérêt propre, mais d'un intérêt commun au groupe auquel elles appartiennent¹⁹²⁶.

¹⁹²⁴ V. *supra* n°435 et s.

¹⁹²⁵ Une telle pratique de fragmentation de l'entreprise en une multitude de structures, s'inscrit en effet en rupture avec la logique qui semble au fondement du principe de limitation de la responsabilité des associés au montant de leurs apports. Elle s'affranchit du schéma de répartition qui semble justifier ce système : l'autonomisation de l'activité entreprise par rapport aux autres pans de l'activité juridique des associés, et la constitution partant de deux poches autonomes de richesses et de dettes en fonction de l'activité à laquelle ils sont rattachables (les dettes issues de l'activité sociale, étant garanties par les biens qui sont utilisés pour celle-ci, tandis que les dettes issues de l'activité personnelle des associés sont garanties par leurs biens personnels exclusivement). Rappr *supra* n°589 et s.

¹⁹²⁶ Rappr. not. N. PELLETIER, *op. cit.*, spéc. n°336 et s., p. 211 et s. : « L'appartenance au groupe renouvelle l'utilisation des actifs sociaux. Ce qui normalement est interdit ne l'est plus nécessairement. Une société peut apporter son aide à une autre. Les moyens sont mutualisés dans des proportions et sous des conditions exceptionnelles. Ce faisant, l'organisation sociétaire paraît de peu de poids devant les politiques de groupe. La plupart des contraintes cèdent devant les besoins de la communauté d'intérêts. La reconnaissance en jurisprudence de l'intérêt puis de l'objet de groupe le soulignent. Le groupe paraît imposer sa propre norme aux sociétés qui le constituent. Celles-ci donnent l'impression de perdre leur individualité pour n'être plus que la partie d'un tout. » (n°366).

En témoignent d'ailleurs les réactions qui émanent de la sphère politique et de la société civile lorsque les conséquences de l'autonomie patrimoniale des structures d'un même groupe sont tirées sur certains terrains particulièrement sensibles ou médiatiques¹⁹²⁷, ou encore la récurrence des prises de position critiques de la doctrine juridique à l'endroit de ce phénomène de ventilation artificielle d'une même entreprise en une pluralité de structures aux patrimoines irrémédiablement étanches¹⁹²⁸ – même si les difficultés, réelles ou supposées, d'élaboration de systèmes alternatifs conduit *in fine* la plupart de ses membres à se résoudre au système actuel.

658. L'appréhension par le droit positif du groupe de sociétés apparaît *in fine* nettement déséquilibré : volontiers prise en compte pour écarter ou assouplir l'application des principes juridiques susceptibles de constituer une gêne pour les utilisateurs de ces montages¹⁹²⁹, la notion sera le plus souvent, en revanche, jugée insuffisante pour infléchir les principes juridiques qui servent les intérêts de ces derniers. Aussi est-on tenté, avec M. Champaud, de juger « inéquitable » cet état du droit où les effets du cloisonnement patrimonial que le groupe réalise ne se fait sentir que dans un seul sens¹⁹³⁰, voire d'estimer avec M^{me} Deboissy, que ce déséquilibre menace « la cohérence, l'acceptation, et donc la pérennité de notre ordre économique et social »¹⁹³¹.

Rappr. encore G. FARJAT, *La notion de droit économique, op. cit.*, spéc. p. 52 ; T. LAMARCHE, « La notion d'entreprise », *art. cit.*, n°29 et s. ; J.-P. ROBÉ, *le temps du monde de l'entreprise*, Dalloz, 2015 ; B. SÉGRESTIN, A. HACHTUEL, *Repenser l'entreprise*, Seuil, 2014.

¹⁹²⁷ M. Nicolas Sarkozy, alors Président de la république, déclarait ainsi par exemple, dans son discours de clôture du Grenelle de l'environnement le 25 octobre 2007 : « Il n'est pas admissible qu'une maison-mère ne soit pas tenue pour responsable des atteintes portées à l'environnement par ses filiales. Il n'est pas acceptable que le principe de la responsabilité limitée devienne un prétexte à une irresponsabilité illimitée » (v. « Restitution des conclusions du Grenelle de l'environnement, discours du président de la République, M. Nicolas Sarkozy », spéc. p. 4 :

<https://www.diplomatie.gouv.fr/sites/odyssee-developpement-durable/files/26/e001988.pdf>.

¹⁹²⁸ V. *infra* n°660.

¹⁹²⁹ V. *infra* n°659 : l'intérêt du groupe est souvent un fait exonérateur de responsabilité, permettant par exemple un usage des biens et de la capacité de la société qui serait sinon qualifié d'abusif, ou d'excessif. De même, la démonstration du fait qu'une holding soit « animatrice », c'est-à-dire qu'elle dirige effectivement et activement la politique du groupe de société qu'elle chapeaute, donnera droit à certains avantages fiscaux (V. not., F. DEBOISSY, « Société holding animatrice : comment établir la réalité de l'activité d'animation du groupe ? », *Droit fiscal* 2014, n°13, comm. 244).

¹⁹³⁰ C. CHAMPAUD, *op. cit.* n°372, p. 279 : « Puisque l'intérêt collectif du groupe prévaut sur l'intérêt particulier de chaque société, il peut sembler inéquitable de maintenir un cloisonnement patrimonial dont les effets ne se font sentir que dans un seul sens, dans le sens défavorable à ceux que le législateur protège généralement », et p. 280 : « Le cloisonnement patrimonial du groupe demeure, mais il ne s'oppose pas à la subordination économique de ses membres. Ses effets ne se font donc sentir que dans un seul sens, produisant une rupture des équilibres traditionnels entre les droits et les obligations. Il en résulte une iniquité qui a heurté la conscience du juge ».

¹⁹³¹ F. DEBOISSY, « Rapport de synthèse » in « Actes du colloque de l'Université de Caen, Les groupes de sociétés : quels pouvoirs ? Quelle responsabilité ? », dir. J.-C. PAGNUCCO, *Dr. sociétés*

B. Les justifications d'un tel régime

659. Relativité du principe juridique d'autonomie des personnes morales – Le principe de l'autonomie juridique des personnes morales (et pas davantage celui de l'unicité du patrimoine dont il découle) ne saurait naturellement s'imposer par lui-même, ni constituer un dogme dont il faudrait aveuglément tirer en toutes circonstances les conséquences¹⁹³². Relevant des constructions techniques du système juridique, il ne vaut que tant que les solutions auxquelles il permet d'aboutir sont jugées opportunes¹⁹³³. Et il apparaît partant insuffisant de mettre en garde contre l'« hérésie juridique »¹⁹³⁴ ou de pointer les atteintes aux principes juridiques d'autonomie des personnes morales, pour défendre l'état présent du droit positif¹⁹³⁵.

juin 2017, n°6, p. 7 et s., p.40 et s. et spéc. n°34, p. 44) : « Souhaitons donc qu'à l'audace de la doctrine réponde l'audace des juges, de sorte que viennent s'équilibrer faveur pour le groupe et responsabilisation, tant il est vrai que les charges accompagnent nécessairement les devoirs (...) N'en doutons pas, à l'heure de la mondialisation et des réactions de rejet de ses manifestations les plus brutales par les citoyens, il en va de la cohérence, de l'acceptation, et donc de la pérennité de notre modèle économique et social ».

¹⁹³² Rappr. R. CONTIN et H. HOVASSE, *art. cit.*, spéc. p. 203. Et *adde*, A. LIENHARD qui, commentant l'affaire Metaleurop, se réjouit d'un « recadrage » « juridiquement indispensable : il en va de l'intégrité même de « fondamentaux » de notre droit, tels que la personnalité morale, l'unité du patrimoine (certes de plus en plus poreuse), l'impossibilité de principe d'imposer une procédure collective à une personne *in bonis* » (note sous Cass. com. 19 avril 2005, D. 2005, 1225).

¹⁹³³ V. *supra* Partie 1 n° 29 et s. Rappr. B. GRIMONPREZ, *art. cit.*, n°4 : « Sans remettre en cause l'organisation des groupes, la question est donc uniquement de savoir si une conséquence supplémentaire de la situation d'affiliation peut être tirée au plan juridique. La réponse dépend de la pesée des intérêts en présence : celui ressortant du principe d'autonomie et celui des tiers lésés par la situation de groupe. Ainsi l'éviction du principe d'autonomie peut parfaitement se justifier au nom d'un intérêt plus légitime La limitation des risques offerte par certaines formes sociétaires n'a rien d'absolu, la responsabilité personnelle devant renaître dans les situations où les besoins de sécurité juridique l'emportent sur les aspects de la libre entreprise ». Rappr. aussi. F. GENY, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif, Essai critique*, t. 2, LGDJ 1919, p. 86 : « si parfois il paraît utile d'avoir recours aux conceptions et constructions abstraites, l'interprète ne doit pas, en usant de ces procédés, oublier qu'ils le placent en dehors des réalités objectives, qui seules doivent diriger son action; loin de se croire lié par ces conceptions (sauf le cas où la loi écrite les consacre), il doit les tenir pour de pures hypothèses scientifiques, susceptibles sans doute de diriger utilement ses recherches, mais aucunement préétablies dans leur essence, et auxquelles, par conséquent, ne peuvent jamais être sacrifiées les exigences de la vie ». Rappr. encore *Science et technique, op. cit.*, spéc. p. 111 n°39 et s. et n°50, p. 149 : « le concept ne peut être employé que comme un procédé artificiel, à titre de moyen purement technique de mise en œuvre des réalités juridiques, et condition de ne jamais perdre de vue que, si la logique peut parfois aider à organiser la vie, celle-ci lui est supérieure par la multiplicité et la variété de ses exigences ».

¹⁹³⁴ Rappr. B. GRIMONPREZ, *art. cit.*, n°3.

¹⁹³⁵ Rappr. illustrant cette opposition, A. CONSTANTIN, « Le groupe, entre autonomie juridique et hétéronomie économique des sociétés qui le composent », *RTD com.* 2011, p. 365 et s. « Sans doute l'orthodoxie contractuelle et sociétaire la plus pure est-elle sauve. L'effet relatif des conventions et le principe d'autonomie des personnes morales paraissent commander la solution. Celle-ci laisse néanmoins un goût d'inachevé, pour ne pas dire d'injustice ».

Il paraît d'ailleurs assez malvenu de se placer sur le terrain purement conceptuel pour justifier la solution retenue par le droit positif en tant qu'elle serait une conséquence logique et nécessaire de la personnification, dès lors que précisément le phénomène de la segmentation en une pluralité de structures d'une même entreprise, pourtant dotée d'un intérêt unique et d'une volonté unique, apparaît en parfaite contradiction avec les fondements conceptuels classiques de la théorie de la personnalité morale¹⁹³⁶.

Et il est assez remarquable que l'argument de la violation du principe d'autonomie des personnes morales soit bien moins fréquemment et vigoureusement brandi lorsque c'est au profit des utilisateurs de ces structures qu'il y est porté atteinte. Ainsi par exemple, lorsque l'intérêt du groupe est érigé par le droit pénal en cause d'exonération, ou qu'il tend plus généralement à s'affirmer comme « fait justificatif de responsabilité »¹⁹³⁷ ou comme élément de nature à valider un acte qui excéderait les limites de la capacité d'une structure¹⁹³⁸ : il est rare que la prise en considération de cet intérêt de groupe, qui conduit pourtant à méconnaître ouvertement le principe d'autonomie de la personne morale, déclenche alors les mêmes cris d'orfraie que ceux qu'appellent inmanquablement toute proposition doctrinale ou toute décision de justice qui s'engage dans la voie d'une mutualisation du passif des structures d'un même groupe¹⁹³⁹.

660. Un système régulièrement contesté – L'apparition à l'ère industrielle du phénomène des groupes de sociétés et d'utilisation, pour une même entreprise, d'une pluralité de structures, a justement invité la doctrine à s'interroger sur la nécessité de redéfinir la portée ou, du moins, à questionner le bien fondé de l'étendue de ce principe d'autonomie des personnes morales.

Dans le droit fil des conceptions critiques que nous évoquons plus haut qui accueillirent au début du XX^{ème} siècle le contentieux relatif à ce phénomène, de nombreuses et illustres voix s'élèvent régulièrement en doctrine contre les rigueurs,

¹⁹³⁶ Rappr. *supra* n° 631 et s.

¹⁹³⁷ I. PARACHKEVOVA, « Dossier La responsabilité dans les groupes de sociétés », *Propos introductifs, Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, mai-juin 2017, p. 4 et s., spéc. p. 5 et rappr. *supra* n° 635.

¹⁹³⁸ V. *supra* n° 634.

¹⁹³⁹ Rappr. S. LE NORMAND CAILLIERE, *art. cit.*, citant R. MORTIER (« Réaffirmation solennelle de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées », *Dr. Sociétés*, 2012, n°10, com. 157) et estimant que « si cette digue devait sauter [le principe d'autonomie des sociétés], le droit français des sociétés souffrirait de la noyade ».

sinon le principe même, de l'étanchéité patrimoniale des structures relevant du même groupe ou de la même entreprise¹⁹⁴⁰.

De manière assez emblématique, on relèvera par exemple que tant l'avant projet de réforme du droit des obligations dirigé par le professeur Catala¹⁹⁴¹ que le recueil de propositions de réforme de la responsabilité civile publié sous l'égide du professeur Terré¹⁹⁴², proposaient d'ouvrir la voie (de manière inégalement audacieuse il est vrai) à un principe de responsabilité des sociétés contrôlantes à raison des dommages causés par les structures qu'elles contrôlent¹⁹⁴³.

¹⁹⁴⁰ V. notamment M. DESPAX, *th. cit.* ; P. COULOMBEL, *th. cit.* p. 192 ; G. VINEY, « L'influence souhaitable sur l'attribution des responsabilités des relations de dépendance entre sociétés » in « Indépendance juridique de la personne morale *versus* dépendance économique », Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATOME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p. 44 et s. ; « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *D.* 2016. 1378, spéc. p. 1383 ; N. PELLETIER, *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, LGDJ 2013, préf. F.-X. LUCAS ; B. GRIMONPREZ, *art. cit.* ; A. SUPIOT et M. DELMAS-MARTY (dir.) *Prendre la responsabilité au sérieux, op. cit.* ; A. SUPIOT (dir.) *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité, op. cit.* ; C. HANNOUN, *op. cit.*, n° 184 s ; Rappr. « Actes du colloque de l'Université de Caen, Les groupes de sociétés : quels pouvoirs ? Quelle responsabilité ? », dir. J.-C. PAGNUCCO, *Dr. sociétés* juin 2017, n°6, p. 7 et s., et not. Rapport de synthèse par F. DEBOISSY, p. 40 et s., spéc. p. 44. V. encore C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962, p. 287 : « puisque l'intérêt collectif du groupe prévaut sur l'intérêt particulier de chaque société, il peut sembler inéquitable de maintenir un cloisonnement patrimonial dont les effets ne se font sentir que dans un seul sens, dans le sens défavorable à ceux que le législateur protège généralement », (bien que l'auteur énonce plus loin, tenir la solution alternative pour irréaliste) ; également, « Les méthodes de groupement des sociétés », *RTD com.* 1967. 1003, n° 19 : « de *lege ferenda* nous persistons à estimer souhaitable que l'exercice du contrôle entraîne une responsabilité pécuniaire personnelle des contrôleurs » ; rappr. D. SCHMIDT, « La responsabilité civile dans les relations de groupe de sociétés », *Rev Sociétés*, 1981, p. 725 et s. La question occupe encore très largement la doctrine contemporaine, v. pour des études récentes notamment, le dossier « La responsabilité dans les groupes de sociétés », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, mai-juin 2017, p. 4 et s. ; « Indépendance juridique de la personne morale *versus* dépendance économique », Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATOME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p. 26 et s. ; Actes du colloque de l'Université de Caen, « Les groupes de sociétés : quels pouvoirs ? Quelle responsabilité ? », dir. J.-C. PAGNUCCO, *Dr. sociétés* juin 2017, n°6, p. 7 et s. ; A. SUPIOT (dir.) *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité », op. cit.*

¹⁹⁴¹ P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2005,

¹⁹⁴² F. TERRÉ (dir.) *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011.

¹⁹⁴³ L'avant projet de réforme du professeur Catala proposait l'adoption d'un article disposant que « est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires » (art. 1360 al. 2). La proposition s'illustre par la nature de la responsabilité consacrée, qui n'était pas fondée sur une faute de la société mère (v. not. sur cette proposition, B. FAGES, « Réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères », *RDC* 2007, p. 115).

L'ouvrage dirigé par le professeur Terré propose quant à lui l'adoption d'un article ainsi rédigé : « La faute de la personne morale résulte de l'acte fautif de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement.

Une société ne répond du dommage causé par la société qu'elle contrôle ou sur laquelle elle exerce une influence notable que si, par une participation à un organe de cette société, une instruction, une immixtion ou une abstention dans sa gestion, elle a contribué de manière significative à la réalisation du dommage.

Souvent cependant, malgré la reconnaissance de son iniquité, l'on renonce à amender le système actuel par crainte des répercussions économiques et des difficultés de réalisation de systèmes alternatifs¹⁹⁴⁴. Aussi la défense de l'état actuel du droit positif apparaît-elle en définitive le plus fréquemment comme une sorte de pis-aller auquel il faudrait se résoudre par déférence envers les principes juridiques ou par crainte des solutions alternatives.

661. Voyons donc brièvement les arguments les plus fréquemment invoqués au soutien d'un tel système, lorsque les auteurs qui se livrent à sa défense ne se bornent pas à invoquer (de manière quasi tautologique) « le principe » d'autonomie patrimoniale des personnes morales¹⁹⁴⁵. Nous envisagerons tout d'abord les quelques rares et fragiles arguments avancés pour justifier en son principe le bien fondé du système actuel (1), puis ceux qui tendent plutôt à le justifier *a contrario* par les difficultés de mise en œuvre de systèmes alternatifs (2).

1. Quelques rares et fragiles justifications du bien fondé du système actuel

662. Justification de la légitimité d'une telle fragmentation de l'entreprise par les besoins de gestion – Pour légitimer la pratique de fragmentation d'une entreprise en une multitude de structures juridiques, il est courant de faire valoir le besoin que les entreprises éprouveraient, une fois arrivées à un certain stade de croissance, de recourir à une telle

Il en va de même lorsqu'une société crée ou utilise une autre société dans son seul intérêt et au détriment d'autrui » (art. 7).

Et v. sur la portée que les auteurs de ce dernier projet entendent donner à cette disposition, S. MESSAI-BAHRI et M. ROUSSILLE, « La responsabilité pour faute des personnes morales », in F. TERRÉ (dir.) *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 119 et s.

¹⁹⁴⁴ V. infra n°664 et s. et rapp. S. LE NORMAND-CAILLIERE, art. cit. ; rapp. également Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007, n°79.

¹⁹⁴⁵ Rapp. A. LIENHARD qui loue le « recadrage » réalisé par la décision de la Cour de cassation dans la fameuse affaire *Metaleurop* : « il en va de l'intégrité même de « fondamentaux » de notre droit, tels que la personnalité morale, l'unité du patrimoine (certes de plus en plus poreuse), l'impossibilité de principe d'imposer une procédure collective à une personne *in bonis* » (note sous Cass. com. 19 avril 2005, *D.* 2005, 1225).

ventilation pour des questions de dynamisme et d'efficacité de gestion¹⁹⁴⁶. Il y aurait en effet, s'accorde-t-on à dire, un certain « engourdissement de l'appareil administratif »¹⁹⁴⁷ une fois une certaine taille structurelle atteinte. La scission de l'entreprise en un groupe de sociétés serait donc le moyen d'une meilleure « efficacité organisationnelle »¹⁹⁴⁸.

Néanmoins, la prise en compte de cette légitime aspiration, si elle peut conduire à justifier en son principe la pratique du groupe de sociétés, ne saurait justifier en revanche le traitement patrimonial qui lui est réservé. La satisfaction de ce besoin d'efficacité de gestion ne saurait en effet, à lui seul, impliquer et justifier *ipso facto* la division corrélative des risques que le phénomène implique en l'état du droit positif.

Il apparaît tout à fait concevable en effet que le droit permette une certaine forme de scission d'une même entreprise en une pluralité de structures distinctes – répondant par là à un supposé besoin légitime de gestion –, tout en instaurant d'une manière ou d'une autre une forme de solidarité mutuelle de l'ensemble des sociétés formant cette ensemble économique unitaire à leur passif respectif¹⁹⁴⁹. Aussi est-il parfaitement envisageable de répondre à ce besoin des utilisateurs d'une division de l'entreprise à des fins de bonne gestion, sans en tirer de conséquences sur le terrain de la division des risques. L'argument ici envisagé semble donc à lui seul certainement insuffisant à justifier l'état du droit positif.

663. Justification en son principe de la division du risque – Certains ont pu défendre en son principe cette étanchéité patrimoniale inaltérable. On a pu en ce sens faire valoir que la solution d'une solidarité des sociétés du groupe serait économiquement malsaine parce qu'elle conduirait à entraîner dans la chute des entités en débâcle, des entreprises viables¹⁹⁵⁰, et que la solution retenue par le droit positif serait « du point de vue de la science économique, parfaitement adéquate : car, elle empêche – en théorie du moins – que l'incendie d'une seule maison ne se propage dans la ville entière »¹⁹⁵¹.

¹⁹⁴⁶ V. not. C. HUVENEERS, « Le groupe : rationalité économique et contraintes juridiques », in *Entreprise et Pouvoir - Autorité et responsabilité*, p. 253 et s., spéc p. 259 et s.

¹⁹⁴⁷ M. DESPAX *op. cit.* p. 105.

¹⁹⁴⁸ C. HUVENEERS, *art. cit.*, spéc p. 260.

¹⁹⁴⁹ V. not. pour une proposition de système de mise en commun de passif des diverses sociétés du groupe, C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration...*, *op. cit.*, n°381 et s., p. 286 et s. En outre, il serait tout à fait concevable que l'ordre juridique mette en place un instrument ad hoc pour répondre à ce besoin de ventiler les pôles de gestion, tout en englobant ceux-ci au sein d'une enveloppe patrimoniale unitaire.

¹⁹⁵⁰ R. CONTIN et H. HOVASSE, « L'autonomie patrimoniale... », *art. préc.*, spéc. p. 201.

¹⁹⁵¹ M. LUTTER, « La responsabilité civile dans le groupe de sociétés », *Rev Sociétés* 1981, p 697 et s., spéc. p. 700. Rapp. encore P. LE CANNU, « La société et les groupes de sociétés pendant la

Une telle opinion nous paraît hautement contestable : elle semble omettre que la solution retenue par le droit positif ne consiste en aucune manière à éteindre « l'incendie » de la débâcle d'une entreprise mais se borne à agir sur la direction de ses flammes. En effet, si le cloisonnement patrimonial des différentes sociétés du groupe peut certes éviter aux autres structures qui composent ce dernier d'être entraînées dans la chute de la filiale défaillante, il reste que le risque auquel on soustrait ces sociétés se reporte mécaniquement sur d'autres agents. Et ce sont en l'occurrence les créanciers de la société en faillite qui, du fait de l'établissement de ce cloisonnement patrimonial, supporteront la défaillance de leur débiteur.

Or, le non paiement de leurs créances sera susceptible d'entraîner pour eux exactement les mêmes difficultés économiques que celles auxquelles auraient été confrontées les sociétés parentes de la structure défaillante.

En somme, la faillite d'une des structures du groupe place le législateur face à un choix de politique économique et juridique simple : convient-il de faire supporter la charge de cette défaillance aux créanciers de la société ou aux autres structures qui composent le groupe (à commencer par la société mère) ? Dans les deux cas, la débâcle de l'entité défaillante risque dans une égale mesure d'entraîner dans sa chute des entreprises viables, l'enjeu n'est donc pas là. Elle réside simplement dans l'identification de ceux à qui il est plus légitime de faire supporter cette défaillance¹⁹⁵².

2. Un système justifié essentiellement par défaut

664. En réalité, on est tenté de penser que l'état du droit positif et la tolérance dont il fait preuve vis-à-vis des sortes de montages que nous envisageons s'explique pour l'essentiel par deux raisons : d'une part, les difficultés techniques à réaliser une solution alternative (a), d'autre part, les craintes d'une perte de compétitivité économique qu'emporterait la mise en œuvre de cette dernière (b).

période d'observation » in « Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives », *LPA*, 9 janv. 2002, p. 48 et s., spéc. n° 29 et s.

¹⁹⁵² Rappr. *infra* n° 682 et s. et spéc. n° 684 ; rappr. également *supra* n° 582.

a. Les difficultés de réalisation d'une solution alternative

665. Difficultés conceptuelles – En premier lieu, il semble vraisemblable que l'état actuel du droit positif sur cette question tienne pour l'essentiel d'une part à la faiblesse – réelle ou supposée – des outils conceptuels en sa possession. D'autre part, à la difficulté qu'il y aurait à définir et à circonscrire précisément, grâce à des notions idoines, le champ des hypothèses dans lesquelles il serait légitime de s'affranchir des constructions mises en place par les utilisateurs afin de faire peser sur d'autres structures la charge des dettes que celle formellement désignée débiteur se trouve dans l'incapacité d'honorer.

En effet, les notions d'entreprise ou de groupe qui paraissent centrales à la mise en place d'un tel dispositif sont souvent décriées pour leur évanescence. Cela a été plus haut évoqué. On reproche à leurs frontières et aux éléments centraux de leur définition de ne susciter qu'un très faible consensus, ce qui tendrait à rendre bien hasardeuse la construction d'un régime de responsabilité fondé sur ces notions¹⁹⁵³.

666. Ces difficultés de définition s'accroissent à mesure que se diversifie le tissu juridique. Le degré de complexité et de technicité de l'ingénierie juridique déployée en droit des affaires semble en effet croître de manière exponentielle, pris dans une fuite en avant qui ne connaît pour limite que l'ingéniosité des techniciens qui s'y emploient¹⁹⁵⁴. Tout aussi effréné se trouve être le mouvement de création de nouveaux outils, de nouveaux instruments ou de formules hybrides, qui, toujours au service de l'objectif de « mieux répondre aux besoins de la pratique », contribuent à brouiller et à déstabiliser les frontières des catégories que le scientifique s'efforce d'établir.

Ces amoncellements de constructions techniques « froides et vides de réalité fécondes »¹⁹⁵⁵, érigent toujours le droit plus haut vers l'abstraction et rendent du même coup plus malaisée son appréhension sous l'angle des « éléments vraiment substantiels de la vie du droit, [des] motifs moraux, psychologiques et sociaux qui

¹⁹⁵³ V. *supra* n° 466 et s. ; v. C. HUVENEERS, « Le groupe : rationalité économique et contraintes juridiques », *art. cit.* spéc p. 268 et s. ; v. C. HANNOUN, *op. cit.* n° 146 et s., p. 112 et s. ; rapp. B. OPPETIT et A. SAYAG, « Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés », *Rev. sociétés* 1973, p. 577 et s.

¹⁹⁵⁴ Sur le sujet, v. not. J.-P. DOM, *Les montages en droit des sociétés*, *op. cit.*

¹⁹⁵⁵ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, *op. cit.*, t. 1, n°69, p. 149.

animent le monde juridique »¹⁹⁵⁶ et sur la base desquels un système juridique juste et équilibré peut s'établir, à l'instar des concepts de pouvoir, de domination, d'appartenance, de profit ou d'activité¹⁹⁵⁷.

667. Aussi, les difficultés à définir les frontières précises des concepts permettant de sanctionner justement une pratique de scission artificielle de l'entreprise en une pluralité de structures sont-elles souvent invoquées pour justifier le rejet d'une telle mesure et le maintien en l'état du droit positif.

Faute de disposer d'outils conceptuels de substitution aux contours suffisamment aiguisés, la remise en cause du système actuel d'étanchéité totale des structures d'un même groupe ne pourrait conduire, craint-on, qu'à un raz-de-marée démesuré et disproportionné, impliquant de traiter sans nuance comme entreprise unique tout phénomène de filiation ou de collaboration entre plusieurs sociétés¹⁹⁵⁸. Cette crainte nous semble avoir perdu cependant une grande part de sa légitimité dès lors que, depuis près d'un demi-siècle maintenant, le droit de la concurrence atteste du caractère parfaitement réalisable de la découverte de l'entreprise unique que dissimule une pluralité de structures juridiques, et qu'il parvient, par ce biais, à faire supporter à d'autres structures que celle formellement auteur d'un acte les conséquences de ce dernier ; ce dans des conditions qui, bien que non exemptes de toute difficulté, semblent acceptées de la pratique comme de la doctrine¹⁹⁵⁹.

¹⁹⁵⁶ Ibid.

¹⁹⁵⁷ Rappr. « Indépendance juridique de la personne morale *versus* dépendance économique », Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATOME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5.

¹⁹⁵⁸ Rappr. S. LE NORMAND-CAILLÈRE, *art. cit.*, not. n°5 p. 130 qui fait manifestement référence à ce passage de la thèse de C. CHAMPAUD (*op. cit.* p. 279) : « conduit à son terme, le mouvement aboutirait à faire juridiquement disparaître toutes les entreprises en forme de sociétés par actions afin de leur substituer des entreprises individuelles ou des sociétés de contrôleurs physiques. L'énoncé de la solution donne la mesure de son irréalisme ». Cet auteur cependant, propose quelques pages plus loin, quelques biais de réalisation *de lege ferenda* d'une mise en commun du passif des sociétés du groupe (v. *op. cit.* n°381, p. 286). Rappr. R. MORTIER, « Réaffirmation solennelle de l'autonomie patrimoniale de principe des sociétés groupées », *Dr. Sociétés*, 2012, n°10, com. 157 ; *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 15 juin 2007, n°79 ; enfin, R. CONTIN et H. HOVASSE, « L'autonomie patrimoniale des sociétés », *art. cit.*

¹⁹⁵⁹ V. *supra* n°647 et rappr. E. CLAUDEL, « Responsabilité au sein des groupes en droit de la concurrence, un exemple à suivre ? », *art. cit.* ; rappr. M. CHAGNY, « Comment déterminer le(s) responsable(s) et répartir la charge de l'indemnisation : deux questions pratiques à ne pas négliger », in « Réparation du préjudice concurrentiel : quelles nouveautés ? Quelles difficultés ? » *AJCA* 2014, p. 265 et s. ; G. DECOCQ, « Synthèse du droit français et européen en matière d'imputabilité et de responsabilité civile et pénale », *AJCA* 2015, p. 56. Et v. pour une proposition détaillée et aboutie

b. Les risques pour la compétitivité du droit français

668. Un autre argument fréquemment invoqué au soutien du rejet de telles propositions tient à la prévisible perte de « compétitivité du droit français » s'il se risquait à avoir l'audace d'une telle réforme¹⁹⁶⁰. Une telle mesure viendrait en effet dit-on desservir les groupes français, et conduirait à une fuite des sociétés hors de l'hexagone¹⁹⁶¹. L'argument, pragmatique, s'avère tristement révélateur de l'état de notre système juridique qui, à raison de ses faiblesses structurelles, se voit emporté dans une course au « dumping » et n'est qu'une « façon d'avouer que l'attractivité d'un système juridique passe par l'immunité « diplomatique » réservée aux sociétés mères, françaises ou étrangères »¹⁹⁶².

Toutefois, ainsi que le fait justement remarquer M. le professeur Lucas, si ce genre d'argument ne doit certes pas être totalement négligé, reste que « de là à y voir un antidote radical à toute proposition de réforme, il y a un pas que doit se garder de franchir tout État de droit qui entend garder quelque souveraineté et qui ne saurait être tétanisé à l'idée de déplaire aux fonds de pension et autres investisseurs dont la séduction ne saurait devenir un objectif supérieur l'emportant sur toute autre considération »¹⁹⁶³.

On connaît toutefois le poids considérable que cet argument tend à prendre en droit des sociétés¹⁹⁶⁴ et qui sortit nettement renforcé de la jurisprudence que la CJUE a initié avec le célèbre arrêt *Centros*¹⁹⁶⁵. Il apparaît en tout cas en grande partie

d'un système de prise en compte de l' « entreprise en groupe » par le droit des procédures collectives, N. PELLETIER, *op. cit.*

¹⁹⁶⁰ V. par ex. Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007, n°79. À propos de cette menace, v. supra n° 251 et s.

¹⁹⁶¹ V. not. à propos de cette menace d'exode des sociétés, le rapport d'information n°588 de MM ANZIANI et BÉTEILLE, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », *Travaux parlementaires Sénat, 2008-2009*, spéc. p 64 et s. Rapp. S. LE NORMAND-CAILLÈRE, *art. cit. spéc.*, n°26, p. 143 ; R. MORTIER, « Réaffirmation solennelle de l'autonomie patrimoniale de principe des sociétés groupées », *Dr. Sociétés*, 2012, n°10, com. 157 : « si cette digue devait sauter, le droit français des sociétés souffrirait de la noyade : source d'insécurité juridique, il deviendrait alors le repoussoir de nombreux intérêts économiques ».

¹⁹⁶² B. GRIMONPREZ, *art. cit.* n°3.

¹⁹⁶³ F.-X. LUCAS, préface in N. PELLETIER, *op. cit.* p. VII.

¹⁹⁶⁴ V. supra n° 236 et s. Rapp. K RODRIGUEZ, « L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés », *BJS* 2004, p. 330 ; F. TEFFO, *L'influence des objectifs gouvernementaux sur l'évolution du droit des sociétés*, Dalloz 2014, préf. C. HANNOUN.

¹⁹⁶⁵ V. *infra* Conclusion, n° 812 et s. ; CJCE, 9 mars 1999, *Centros* : Rec. , I, p. 459 ; *Bull. Joly Sociétés*, , p. 705, § 157, note J.-Ph. DOM ; *D.*, 1999, *Cah. dr. aff., jur.*, p. 550, note M. MENJUCQ ; *Rev. sociétés*, 1999, p. 386, note G. PARLEANI ; *JCP*, éd. E, 1999, p. 1285, no 3, obs. Y.

responsable de l'application rigoureuse du principe d'autonomie juridique des personnes juridiques¹⁹⁶⁶.

669. Parce que les deux derniers arguments que nous avons envisagés (crainte des difficultés de réalisation de systèmes alternatifs et crainte de perte d'attractivité du droit français) semblent les plus aptes à justifier l'état du droit positif contemporain, on est tenté de croire que ce dernier ne repose pas tant sur l'opportunité des solutions qu'il réalise, mais qu'il est au contraire d'une certaine manière contraint par les insuffisances de la technique juridique et une sorte de fatalisme économique (ce dernier pouvant vraisemblablement d'ailleurs, se rattacher en dernière analyse à l'insuffisance des outils techniques).

Aussi, si ces considérations peuvent certainement expliquer l'état de notre droit positif, elles ne sont pas de nature à contredire une appréciation tenant au caractère profondément déséquilibré de cet aspect du régime de limitation de la responsabilité. Ce dernier n'apparaissant en dernière analyse que comme une sorte de pis aller auquel les insuffisances de la techniques juridique conduisent.

670. Conclusion de sous-section – La possibilité offerte aux utilisateurs du droit d'instrumentaliser le régime des structures à risque limité en divisant l'entreprise qu'ils mettent en œuvre en autant de structures qu'ils le souhaitent constitue une source de profond déséquilibre du régime de limitation de responsabilité des associés. La part de responsabilité qu'ils assument n'est plus déterminée par référence à un élément objectif en lien avec la *ratio legis* de la mesure, mais laissée à la liberté discrétionnaire et abstraite de ceux qui en bénéficient.

Tel ne serait pas le cas si l'ordre juridique garantissait d'une manière ou d'une autre, comme contrepartie à la mise à l'abri du patrimoine des associés des risques de l'activité, le droit pour les créanciers de l'entreprise de poursuivre l'ensemble des

REINHARD ; *JDI* , 2000, p. 484, obs. M. LUBY ; CJCE, 5 novembre 2002, Uberseering, : *Bull. Joly Sociétés*, p. 452, § 91, note M. LUBY ; *JCP*, éd. E, 2003, no 448, note M. MENJUCQ ; *Rev. sociétés*, 2003, p. 315, note J.-Ph. DOM ; *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 508, note P. LAGARDE. CJCE, 30 septembre 2003, Inspire Art Ltd : *Bull. Joly Sociétés*, , p. 1296, § 272, note M. MENJUCQ ; *D.* , 2003, p. 2504 ; *JCP*, éd. G, II, no 10002, note M. LUBY. CJCE, 27 septembre 1968, Daily Mail : *Rec.* , I, p. 5483. V. plus généralement à propos de cette jurisprudence L. D'AVOUT obs. sous les arrêts Daily Mail, Centros, et Cartesio in *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, PUF, 3^{ème} éd. 2016, n°60 p. 299 et s.

¹⁹⁶⁶ V. *supra* n° 251 et s.

richesses qui composent cette dernière. Mais il semble que les difficultés – plus supposées que réelles semble-t-il – de définition de cette notion ainsi que les craintes de répercussions sur l'économie française ont conduit le droit positif à renoncer à l'utiliser.

Dès lors, puisqu'aucune exigence tenant à la cohérence ou à l'unicité de l'entreprise exercée au sein d'une structure juridique donnée n'est posée, et en l'absence de mesure tendant à faire primer la réalité de l'entité économique et sociale sur les constructions juridiques formelles, notre droit laisse aux constituants de sociétés toute liberté pour diviser en autant de structures autonomes qu'ils le souhaitent leur entreprise. Ces agents sont donc entièrement libres de modeler l'organisation juridique qui servira aux mieux leurs intérêts, au détriment évidemment des tiers appelés à devenir créanciers de l'une ou de l'autre des structures du groupe, et qui se heurteront à l'étanchéité patrimoniale qui gouverne celles-ci.

Assurément, l'application rigoureuse qui est de mise ici des principes juridiques de relativité des conventions, d'unicité des patrimoines, d'autonomie de la personnalité, etc., montre trop souvent les signes de son caractère artificiel en conduisant à des solutions qui laissent « un goût d'inachevé, pour ne pas dire d'injustice »¹⁹⁶⁷. Bien que tirant parfois ce constat, doctrine, juges et législateur semblent trop souvent s'en accommoder, laissant alors le Droit aux prises du piège que forment ses propres constructions.

Conclusion de section

671. Les errances conceptuelles de la matière, le peu de place laissé à la notion d'entreprise – sinon son absence – dans l'architecture du régime de limitation des risques des associés, malgré la position centrale qu'elle occupe dans ses justifications, sont des facteurs de profonds déséquilibres à un double titre. D'une part, il en résulte une liberté disproportionnée pour les associés dans la détermination du seuil de leur responsabilité et, corrélativement, des risques de leur entreprise qu'ils abandonnent aux créanciers sociaux.

¹⁹⁶⁷ A. CONSTANTIN, « Le groupe, entre autonomie juridique et hétéronomie économique des sociétés qui le composent » *RTD com.* 2011, p. 365.

D'autre part, la rupture d'avec la logique structurelle du mécanisme conduit à des phénomènes de limitation de responsabilité d'ampleur excessive et injustifiable.

La liberté discrétionnaire dont jouissent les associés dans la détermination des biens qu'ils apportent en société – et par voie de conséquence, dans la détermination de l'ampleur de leur responsabilité puisque cette dernière est indexée sur les apports que réalisent les associés –, de même que la faculté dont les associés disposent de fragmenter discrétionnairement leur entreprise en une multitude de structures patrimoniallement autonomes (du moins en leur versant passif) sont deux phénomènes du droit contemporain qui peuvent se lire sous ce prisme.

Tous deux se caractérisent donc par une liberté disproportionnée laissée aux associés dans l'aménagement du cadre juridique de l'exercice de leur activité susceptible d'entraîner une répartition des risques entrepreneuriaux fortement déséquilibrée et inexplicable au regard des justifications de ce régime.

Conclusion de Chapitre

672. Errance conceptuelle, perte de vision et absence de prise en considération des conséquences effectives des constructions juridiques sont donc les maîtres maux de la matière dont la présente étude conduit à croiser les multiples incarnations. Le système ne semble plus gouverné que par une sorte d'inertie des constructions techniques, lesquelles sont affranchies des équilibres et des logiques qui les fondent, ce qui conduit à des solutions qui, considérées isolément, n'auraient vraisemblablement jamais pu être acceptées pour elles-mêmes, pour l'arbitrage des intérêts sociaux qu'elles réalisent.

Il en va ainsi notamment lorsque, comme nous avons pu le mettre en évidence, le système conduit à faire bénéficier les associés d'une irresponsabilité absolue. Ou encore lorsque la responsabilité qu'ils encourent en vient à ne plus être d'aucune manière corrélée aux réalités économiques de l'entreprise sous-jacente et ne tend plus qu'à procéder que de la volonté discrétionnaire et abstraite de ceux qui bénéficient de cette mesure.

Ici, se réalise vraisemblablement ce que Génay appelait « le règne du concept, isolé des intérêts qu'il représente, s'organisant suivant sa nature propre et se combinant

avec d'autres concepts de même sorte pour former une pure construction juridique, bâtie toute en abstraction et par les seuls efforts de la pensée »¹⁹⁶⁸. Les conséquences économiques et sociales d'un tel état du droit sont désastreuses. Non seulement parce qu'il est difficile d'admettre que ceux qui sont structurellement institués bénéficiaires du profit d'une activité et architectes de celle-ci puissent être entièrement soustraits aux risques qu'elle engendre, au rebours des axiomes les plus essentiels à notre ordre juridique comme des doctrines économiques libérales qui l'innervent. Mais aussi parce que, *in fine*, il est à craindre que les objectifs de politique économique qui sont aux fondements des justifications de cette mesure ne puissent être atteints : les déséquilibres et les malfaçons que connaît le système positif étant porteurs d'effets pervers susceptibles d'annuler les bénéfices attendus par le législateur sur le terrain économique. C'est ce qu'il convient d'analyser désormais plus en détail.

¹⁹⁶⁸ F. GENY, Science et technique, t. I, op. cit., n°40, p. 113.

CHAPITRE 2 - LA NECESSITE D'UNE REFORME

673. La mise en évidence de ces différents aspects du régime de limitation de responsabilité de l'associé qui ont été évoqués jusqu'ici et qui nous sont apparus comme les symptômes ou les causes les plus saillants de l'état d'errance du droit positif des SSPRL fait logiquement naître un sentiment d'insatisfaction et la volonté de corriger cet état du droit que l'on déplore.

Après avoir brossé à grands traits l'état pathologique du droit positif qui découle des incohérences qui ont été précédemment mises en lumière (Section 1), on éprouvera la pertinence de quelques pistes que pourrait envisager un législateur désireux de lui apporter des remèdes (Section 2).

Section 1 - Conséquences et effets pervers de l'état du droit positif

674. Le mécanisme de limitation de responsabilité de l'associé apparaît en l'état du droit positif particulièrement vigoureux, souvent d'une vigueur bien supérieure à ce qu'aurait commandé la logique sur laquelle il repose, et susceptible de mener à une irresponsabilité totale. À de nombreux points de vue il y a tout lieu de s'alarmer de cet état du droit (Sous-section 1). En pratique cependant, le mécanisme est souvent contourné par le recours aux sûretés conventionnelles. Par ce biais, la limitation de responsabilité est susceptible de disparaître et le régime vient, tout compte fait, à ne plus profiter alors qu'à quelques rares créanciers en situation de puissance économique. On peut dans de telles hypothèses douter de la pertinence du mécanisme et de son aptitude à atteindre les objectifs qui justifient son existence (Sous-section 2).

Sous section 1 - En l'absence de garanties conventionnelles, une irresponsabilité dangereuse

675. Lorsque le mécanisme n'est pas contourné par le recours aux garanties conventionnelles, on a vu que la limitation de responsabilité dont bénéficient les associés de SSPRL se trouvait dotée d'une vigueur particulièrement forte.

Un tel état du droit ne va pas sans conséquences regrettables sinon perverses.

Nous avons déjà eu l'occasion de montrer que différents facteurs devaient, en certaines circonstances, conduire à une inversion des positions de créanciers et d'associés du point de vue de leur vocation à supporter les risques d'entreprise¹⁹⁶⁹ et que le mécanisme est susceptible de soustraire les associés à toute responsabilité¹⁹⁷⁰. Un tel état du droit est à l'évidence préoccupant. Tout d'abord d'un point de vue strictement juridique, l'obstacle au paiement des créances qu'un tel mécanisme engendre peut être analysé comme une source majeure de fragilisation de l'effectivité du système de droit privé dans son ensemble (§1). D'un point de vue économique ensuite, on pourra observer que si l'une des justifications essentielles de la limitation de responsabilité réside dans la vocation de ce mécanisme à promouvoir la création d'entreprises, on ne saurait omettre qu'elle a pour corollaire une fragilisation du tissu économique en raison d'un accroissement mécanique du défaut de paiement des créances susceptible d'entraîner, notamment, la disparition d'entreprises partenaires de celles dont la création a été promue (§2).

§1. Effets pervers du point de vue juridique : la fragilisation du système de droit privé dans son ensemble

676. C'est en s'opposant au paiement de créances que joue le mécanisme de limitation de responsabilité de l'associé : son effet consiste simplement à laisser les associés quittes des dettes que leur activité a fait naître, et corrélativement, à laisser les créances détenues

¹⁹⁶⁹ V. *supra* n° 578 et s., spéc. n° 584.

¹⁹⁷⁰ V. *supra* n° 585.

contre la société impayées¹⁹⁷¹. En cela, le mécanisme constitue un obstacle à l'effectivité des obligations civiles et, par voie de conséquences, à l'ensemble des dispositions qui en dépendent. Un tel constat est préoccupant lorsque l'on prend conscience de la vigueur dont il peut être doté en l'état du droit positif contemporain.

Il convient d'expliquer quelque peu cette idée : en s'opposant au paiement des dettes de la société, la limitation de responsabilité des associés fragilise l'ensemble du système de droit privé car celui-ci est construit de telle manière que, par l'intermédiaire du mécanisme obligationnel (B), c'est essentiellement grâce aux transferts de richesses qu'il se réalise (A).

A. Le transfert de richesses, pivot du droit privé

677. Les spécificités de la richesse et de la propriété – Ainsi que cela fut déjà évoqué au seuil de cette thèse, le transfert de richesse joue un rôle pivot dans l'architecture du droit privé¹⁹⁷².

Tout d'abord en effet, l'attachement aux richesses est réputé universellement partagé par les membres de la société de sorte que son attribution sera réputée universellement ressentie comme un bienfait, son retrait comme une peine. Cet attachement universel à la richesse permet à l'ordre juridique d'user de l'attribution et du retrait des richesses comme d'un outil efficace pour guider les comportements des individus : en attachant aux comportements souhaités l'attribution de richesses et en sanctionnant inversement les comportements qu'il prohibe d'un retrait de richesse, il s'assure que les individus se conformeront aux prescriptions comportementales qu'il formule.

De même, sans doute parce que la richesse matérielle est supposée universellement désirée, on la répute compensatrice de n'importe quelle lésion ; l'ordre juridique use alors de son transfert pour rééquilibrer les situations injustes de quelque nature

¹⁹⁷¹ À moins naturellement qu'un tiers garant ou codébiteur, ou qu'un organisme spécifique, vienne désintéresser le créancier.

¹⁹⁷² V. *supra* n° 12 et s.

qu'elles soient : en retirant la richesse de Pierre pour la donner à Paul, le système prétend effacer le déséquilibre qui affecterait leur relation¹⁹⁷³.

Ensuite, la propriété qui est la prérogative qui assure le pouvoir souverain sur la richesse constitue l'un des rares droits subjectifs à être garanti et sanctionné directement par la force physique : le détenteur *a non domino* peut être dessaisi par la force physique, le débiteur qui a l'obligation de transférer à son créancier ses richesses peut voir ses biens matériellement saisis afin que la richesse qu'ils représentent soit mise à la disposition de son créancier, etc. Rares sont les droits subjectifs que l'ordre juridique dote d'un mécanisme assurant directement leur garantie par la force physique.

678. Leur utilisation à la base du mécanisme obligationnel – Pour les spécificités que nous avons évoquées, la construction du mécanisme des obligations civiles – lequel est assurément capital au droit privé¹⁹⁷⁴ – repose sur le transfert de richesse. Par le biais du droit de gage général, le transfert de richesse confère aux obligations civiles la force obligatoire qui leur est essentielle. Ainsi, d'une part, le débiteur est incité à exécuter la prestation en raison de la crainte que lui inspire la menace d'une dépossesion de ses richesses auxquelles il est réputé attaché ; d'autre part, le défaut d'exécution pourra être vaincu par un transfert de richesses du débiteur au créancier jouant comme « contre-mesure destinée à abolir les effets de la violation de la norme »¹⁹⁷⁵. Par exemple, le contractant qui méconnaît son engagement encourt le plus souvent le risque d'être condamné à un paiement, c'est à dire à un transfert de richesses : soit du montant permettant de réparer le dommage causé par ce défaut d'exécution – ou de celui permettant l'exécution par équivalent¹⁹⁷⁶ – ou encore de celui égal à la somme déboursée par son cocontractant pour pallier sa carence¹⁹⁷⁷. Et ces condamnations au paiement sont susceptibles d'être réalisées par la force par une privation effective de la détention des

¹⁹⁷³ Idem.

¹⁹⁷⁴ V. *infra* n° 679.

¹⁹⁷⁵ Rappr. R. LIBCHABER, L'ordre juridique et le discours du droit, op. cit., p. 332.

¹⁹⁷⁶ Sur la question du caractère satisfaisant ou compensatoire de la responsabilité contractuelle, v. J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, th. Paris II, 1978 ; P. REMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323 ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5^{ème} éd., LexisNexis 2018, n°87 et s.

¹⁹⁷⁷ V. J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 4, *Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd., 2000, n°169 et s., p. 318 et s. On pourrait naturellement discuter de la question de l'identité de ces sortes de conséquences d'une inexécution contractuelle ; sur cette question, v. note *supra*.

biens et richesses sur laquelle le débiteur jouissait jusqu'alors d'un pouvoir souverain car la propriété constituée, nous le disions, l'un des rares droits subjectifs de droit privé à être sanctionné directement par la force physique. D'ailleurs, même le mécanisme d'exécution forcée en nature des obligations civiles repose en dernière analyse sur le droit de gage général et le transfert de richesse puisque, lorsqu'il ne consiste pas directement en une saisie de biens, c'est grâce à la menace de l'astreinte, soit, *in fine*, d'une dépossession de richesses, que l'ordre juridique contraint le débiteur à s'exécuter « en nature »¹⁹⁷⁸.

Ainsi est-ce essentiellement par l'intermédiaire de leurs richesses que les individus sont saisis par le droit – par le droit privé tout au moins¹⁹⁷⁹ – et en cela on peut estimer, conformément à la fameuse théorie d'Aubry et Rau, que le patrimoine constitue l'« être au monde juridique de la personne »¹⁹⁸⁰.

B. La fragilisation du droit privé par la fragilisation du droit de gage général

679. Le mécanisme obligationnel clé de voûte du droit privé – La protection dont bénéficient les associés de SSPRL par la mise à l'abri de leurs richesses personnelles affaiblit donc logiquement le mécanisme des obligations civiles car celles-ci puisent leur effectivité dans le transfert de richesses auquel elles sont susceptibles de donner lieu via la réalisation du droit de gage général.

Or cet affaiblissement de l'effectivité du mécanisme obligatoire vient par contrecoup fragiliser l'ensemble du droit privé.

En effet, l'ordre juridique étatique est un système complexe : les diverses dispositions qu'il comprend ne consistent pas en des prescriptions comportementales qui se

¹⁹⁷⁸ Rappr. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, 4^{ème} éd., LGDJ 1994, n°224, p. 176 : « le débiteur n'est pas un "objet passif". Le droit de créance tend à courber sa volonté pour obtenir l'exécution d'une prestation. Mais il n'en résulte pas un assujettissement physique de la personne. La sanction de l'inexécution de l'obligation se fait sur les biens du débiteur. De la sorte, le droit de créance qui atteint directement la personne, porte indirectement sur l'actif du patrimoine du débiteur ».

On peut remarquer qu'exceptionnellement, le droit privé connaît des moyens de réparation autre que l'indemnisation pécuniaire, ainsi par exemple du droit de réponse par voie de presse.

¹⁹⁷⁹ Rappr. *supra* n° 12 et s.

¹⁹⁸⁰ V. R. SÈVE, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *APD*, t. XXIV, Sirey, 1979, p. 247 et s. Rappr. F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD civ.* 1996, not. p. 819 et p. 835 qui qualifie le patrimoine de « d'incarnation matérielle » de la personne. Rappr. aussi, J. ROCHFELD, *Les grandes notions... op. cit.*, p. 350 et s.

suffiraient à elles mêmes. Les normes qui le composent sont au contraire le produit de la combinaison de divers pans de réglementation interdépendants. Au sein de ce système, le mécanisme obligationnel – et le transfert de richesses qui le sanctionne – apparaissent comme une clé de voûte essentielle dans la mesure où ce sont eux qui sont mobilisés « en bout de chaîne » pour assurer l'effectivité des constructions de droit privé qui résultent de l'infinité de combinaison de ses dispositions.

680. Les conséquences d'un affaiblissement du mécanisme obligationnel – À quoi bon en effet établir par exemple que telle personne est titulaire de tel droit subjectif, que telle convention est valide, que telle personne doit être considérée comme consommateur, que telle partie est un bailleur, que tel comportement constitue une faute, que tel propos est diffamatoire, que tel associé est titulaire de droit de vote et que telle situation constitue une violation de ce droit de vote si, « en bout de chaîne », le mécanisme obligationnel venait à être paralysé ? En l'état de la construction de notre système juridique, un droit subjectif n'est le plus souvent effectif seulement parce que sa violation est susceptible d'emporter l'édiction d'une créance et d'une dette corrélative, ou éventuellement parce que les tiers peuvent être contraints, sous peine d'astreinte – soit la menace d'une dette et de la saisie de richesses –, à en respecter l'exercice¹⁹⁸¹. Que l'on supprime l'effectivité du mécanisme obligationnel et ce sont alors toutes les dispositions qui servent à déterminer à quelles conditions s'acquiert la titularité de ce droit, qui définissent son régime, les manières de s'en prévaloir en justice, etc., qui seront privées de toute portée¹⁹⁸².

Le syllogisme juridique en droit privé aboutit ainsi le plus souvent à de pures abstractions qui ne tirent leur force que du seul fait qu'elles sont *in fine* susceptibles d'être sanctionnées par une obligation civile, laquelle a cela de supérieur à la plupart des autres abstractions juridiques qu'elle est susceptible d'entraîner un transfert de richesses garanti matériellement par la force publique ; d'avoir autrement dit, une résonance certaine dans le monde physique en y produisant des effets réputés universellement ressentis comme des peines et des jouissances par les individus¹⁹⁸³. Aussi, l'atteinte à l'effectivité du mécanisme

¹⁹⁸¹ Rapp. à propos de la conception d'Aubry et Rau des « biens innés », qui ne peuvent « donner lieu à réclamation qu'autant qu'ils ont été lésés par suite d'un délit ou d'un quasi-délit, et produis[ent] alors une action en dommages et intérêts, ils se résolvent, quant à leurs effets juridiques, en droits sur des objets extérieurs » (*Cours de droit civil français*, 4^{ème} éd., tome II, §162 et s.) et tome VI, § 573 et s.

¹⁹⁸² Rapp. *supra* Introduction n° 12 et s..

¹⁹⁸³ Rapp. *supra* Introduction n° 12 et s..

obligationnel se répercute logiquement sur l'ensemble du droit privé en raison de sa place centrale dans l'architecture du système car « les conventions sans l'épée, ne sont que des mots, et sont sans force aucune pour mettre qui que ce soit en sécurité »¹⁹⁸⁴.

681. Conclusion de paragraphe – Ainsi la saisie des richesses que réalise droit de gage général assure l'essentiel de l'effectivité du mécanisme obligatoire et c'est par le truchement du mécanisme obligatoire, qu'à leur tour, les dispositions de droit privé sont pour l'essentiel dotées d'effectivité.

C'est donc en ce sens que l'on peut affirmer que les obstacles à la réalisation des créances qu'emporte la limitation de responsabilité des associés atteint l'effectivité de l'ensemble des règles de droit privé.

Naturellement, l'atteinte à l'effectivité des normes est proportionnelle à la vigueur dont est doté le mécanisme de limitation de responsabilité. De ce fait, le caractère particulièrement vigoureux des effets que ce mécanisme connaît en l'état du droit positif doit être tenu pour un grave péril à l'effectivité de l'ensemble des dispositions du droit privé.

§2. Effets pervers du point de vue économique : la fragilisation du tissu économique

682. L'une des justifications essentielles du mécanisme de limitation de responsabilité en droit contemporain réside dans sa vocation à inciter à la création d'entreprise¹⁹⁸⁵. L'idée étant que de potentiels entrepreneurs seront moins frileux à réaliser leur projet entrepreneurial s'ils ont l'assurance qu'un échec n'emportera pas leur ruine personnelle¹⁹⁸⁶. En cela, dit-on, la mesure serait bénéfique à la croissance économique puisqu'elle devrait emporter un accroissement des créations d'entreprise dont devrait résulter un accroissement de richesses, d'emplois, etc.¹⁹⁸⁷.

¹⁹⁸⁴ T. HOBBS, *Léviathan*, 1651, trad. G. MAIRET, Gallimard (coll. « Folio Essais »), 2000 chap. XVII, p. 282 (« *Covenants without the sword are but words and of no strength to secure men at all* ») ; v. également chap. XVIII, p. 293.

¹⁹⁸⁵ V. *supra* n° 246 et s.

¹⁹⁸⁶ Idem.

¹⁹⁸⁷ Idem.

Malheureusement, « quand le nombre des affaires augmente, ce ne sont pas seulement les bonnes qui s'accroissent ; une part en toutes choses est réservée au mal »¹⁹⁸⁸ et l'argument invoqué pour justifier la mesure est réversible. En effet, le législateur étant impuissant à faire simplement disparaître les risques auxquels il soustrait les entrepreneurs, il ne peut que provoquer leur report sur d'autres agents par le jeu des vases communicants. Ce sont essentiellement les créanciers de la structure personnifiée qui supporteront le coût d'une telle mesure de faveur car c'est du paiement de leur créance que l'on dispense les associés¹⁹⁸⁹.

Quelquefois aussi, c'est la collectivité dans son ensemble qui sera mise à contribution, notamment par le biais de systèmes d'assurance ou de fonds d'indemnisation¹⁹⁹⁰ chargés de désintéresser certains créanciers impayés (ainsi des salariés dont les créances sont dans une certaine mesure garanties par un mécanisme d'assurance obligatoire¹⁹⁹¹).

683. Le coût économique de la mesure – L'incidence économique du mécanisme de limitation de responsabilité ne saurait être analysée exclusivement du point de vue de ceux qui en bénéficient : le coût que cette mesure implique pour les tiers doit nécessairement être intégré au processus de son évaluation économique. Il peut s'agir des coûts directs, via les conséquences économiques du non paiement des créanciers de la structure, comme des coûts indirects qui sont ceux résultant de la nécessité de prélever de quoi pourvoir les organismes chargés de désintéresser les créanciers impayés.

¹⁹⁸⁸ P.-J. MAERTENS, Commentaire de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis, Imprimerie de Polack-Duvivier, 1851, n° 8.

¹⁹⁸⁹ Rappr. P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés », *Mél. Sayag*, Litec 1997, p. 227 et s., spéc. p. 233 : « les risques auxquels les actionnaires se soustraient, ce sont les créanciers qui les assument ». V. aussi, L. ARCELIN, « La création d'une entreprise non viable ou les limites de l'initiative économique », *LPA*, 2 mars 2004, p. 4 : « Si l'entreprise périclité, ses créanciers peuvent eux-mêmes être emportés dans la tourmente et, dans le pire des cas, succomber à la faillite. On ne peut non plus passer sous silence les effets catastrophiques d'une liquidation judiciaire sur les emplois ». Rappr. D. COCHET, *th. cit.* n°722, p. 410 ; encore F. EASTERBROOK et D. FISCHER, « Limited Liability and the Corporation », *University of Chicago Law Review*, 1985, p. 103 et s. ; H. HANSMANN et R. KRAAKMAN, « Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts », *Yale Law Journal*, 1991, p. 1879 et s.

¹⁹⁹⁰ V. Conseil d'État, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport annuel, EDCE, La Doc. fr. 2005, Rappr. F. BRUNET, « L'État, garant en dernier ressort », in *Prendre la responsabilité au sérieux*, A. SUPIOT, M. DELMAS-MARTY (dir.), PUF 2015, p. 715 et s.). À propos du mécanisme d'assurance des salaires (AGS), v. not. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 33^{ème} éd., 2020, n°1014 et s., p. 1222 ; plus généralement, v. aussi A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *Fonds d'indemnisation et de garantie*, LGDJ 2003.

¹⁹⁹¹ V. art. L. 3253-6 et s. C. trav.

Sans avoir l'ambition de parvenir à établir un bilan évaluatif de la mesure on peut cependant mettre en évidence l'existence de ces « coûts » qui paraissent trop souvent oubliés de l'équation.

684. La fragilisation des entreprises liées – Logiquement, toute fraction de dette sociale au paiement de laquelle le mécanisme de limitation de responsabilité soustrait le patrimoine personnel des associés correspond à une fraction équivalente de créance qui restera de ce fait impayée lorsqu'aucun organisme collectif ne sera appelé à la supporter.

Or assurément, une telle circonstance n'est pas neutre d'un point de vue macro-économique bien qu'elle semble souvent occultée : le défaut de paiement de la structure débitrice peut évidemment provoquer des difficultés financières pour le créancier, le mettant dans l'incapacité, à son tour, de désintéresser ses propres créanciers, etc. Le risque est alors celui d'un effet d'entraînement et de faillites en cascades¹⁹⁹². Le non paiement d'une créance ne reste pas un événement isolé mais se répercute dans la chaîne des relations économiques.

Si le mécanisme de limitation de responsabilité de l'associé est donc présenté comme une mesure favorisant la naissance des entreprises, il entraîne corrélativement la fragilisation voire la disparition d'autres entreprises¹⁹⁹³.

685. L'incitation à la légèreté – Par ailleurs on sait que le mécanisme de limitation de responsabilité a par hypothèse vocation à vaincre la prudence des agents économiques, laquelle est tenue pour un frein à l'initiative économique. Le postulat qui fonde la mesure en effet est qu'une limitation des risques rendra plus audacieux les potentiels entrepreneurs, les conduisant à mettre en œuvre des projets entrepreneuriaux qu'ils n'auraient pas réalisés s'ils avaient dû en supporter personnellement les risques¹⁹⁹⁴.

Cet effet cependant ne saurait être appréhendé que sous le prisme de ses conséquences « quantitatives » et se mesurer du seul point de vue du nombre

¹⁹⁹² Rappr. M. GRIMALDI, B. REYNIS, « Brèves réflexions d'avant-congrès », *art. cit.*, n°3, p. 589

¹⁹⁹³ Rappr. T. MASSART, « La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus », *BJS* 2008, p. 632 et s. spéc. p. 634.

¹⁹⁹⁴ Rappr. G. HORSMANS, « Responsabilité limitée et plaisirs sans limites », in *Mélanges Y. Guyon*, *op. cit.*, p. 543 et s., spéc. p. 546 : « Elle [la responsabilité limitée] a sans doute permis, en tant que telle, le succès de la collecte publique de l'épargne et elle a vraisemblablement incité un nombre important d'aventuriers à se lancer, sans trop réfléchir, dans des activités dont ils ne devaient pas assurer, au-delà de leurs apports, les conséquences de la légèreté de leurs décisions et de leurs échecs ».

d'entreprises dont il favorise la création. Logiquement, cette déresponsabilisation devrait, pour les mêmes raisons qu'elle conduit à davantage de création d'entreprises, impliquer aussi la création d'entreprises portant des projets intrinsèquement plus audacieux, autrement dit plus risqués, « au risque de favoriser des constitutions aventureuses »¹⁹⁹⁵ et, de la même manière, inciter à une légèreté plus grande dans la réalisation du projet d'entreprise¹⁹⁹⁶, ce qui est un facteur d'explication probable du « taux de mortalité infantile » élevé des entreprises qu'il est courant de déplorer¹⁹⁹⁷.

686. Cette promotion de l'audace, qui a pour ressort le report des conséquences d'un échec sur la collectivité et les créanciers, a donc pour effet collatéral d'encourager la réalisation de projets entrepreneuriaux « non viables »¹⁹⁹⁸ ou du moins bien plus aventureux¹⁹⁹⁹. Tel est peut-être l'une des limites de la politique de promotion de l'initiative économique²⁰⁰⁰ car ainsi que le formulait à sa manière Michel Audiard dans une réplique célèbre, tout n'est pas toujours bon à oser²⁰⁰¹.

687. Conclusion de paragraphe – Aussi non seulement la mesure implique une modification de la répartition des risques entre l'entrepreneur et ses créanciers, mais elle

¹⁹⁹⁵ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. manuel, 10^{ème} éd. 2014, n°42, p. 43, rappelant qu' « environ 50% [des entreprises] disparaissent avant leur cinquième année » (*op. cit.*, *loc. cit.*, note 4) ; v. aussi, « Les cinq premières années des nouvelles entreprises », *Insee Première*, n°815, décembre 2001, Les notes bleues de Bercy, n°242-243, déc 2002, cité par L. ARCELIN, « La création d'une entreprise non viable ou les limites de l'initiative économique », *LPA*, 2 mars 2004, p. 4, spéc. p. 5.

¹⁹⁹⁶ Rappr. P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés », *art. cit.*, spéc. p. 234 : « La limitation de responsabilité est une incitation forte pour les actionnaires majoritaires ou les dirigeants sociaux à prendre des initiatives risquées dont ils auront le bénéfice si elles tournent bien et dont les créanciers sociaux supporteront les conséquences si les choses ne sont pas ce que l'on espérait ». V. cependant à propos de la limite que constitue l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif en cas de faute de gestion, *infra* n° 738 et s.

¹⁹⁹⁷ V. sur ce point not. L. ARCELIN, « La création d'une entreprise non viable ou les limites de l'initiative économique », *LPA*, 2 mars 2004, p 4 et s., spéc. p. 6 et les réf. citées.

¹⁹⁹⁸ L. ARCELIN, *art. cit.*

¹⁹⁹⁹ Rappr. P. BLUMBERG, « Limited Liability and Corporate Groups », *Journal of Corporate Law*, 1986, p. 621 et s. ; P. LE GOFF, « Faut-il supprimer les sociétés à risque limité ? », *RIDC* 1999, n°3, p. 593 et s., spéc. p. 598.

²⁰⁰⁰ L. ARCELIN, *ibid.* Rappr. F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS, « Philosophie de la réforme, Observations critiques », *LPA* 14 sept. 1994, numéro spécial « La réforme du droit des entreprises en difficulté », p. 6 et s. , spéc. note 42 p. 11 : « Ne pourrait-on pas commencer immédiatement en réduisant la démographie galopante des créations d'entreprises, dont la mortalité infantile est relevée de toute part ? La réduction et même la suppression des subventions qui sont offertes à ceux qui veulent tenter leurs chances, l'exigence d'un capital minimum sérieux pour la création de nouvelles sociétés, sont des mesures d'assainissement qui peuvent être prises immédiatement ».

²⁰⁰¹ V. *Les Tontons flingueurs* de G. LAUTNER, Gaumont 1963, dialogue de M. AUDIARD. Et rappr. CA Rouen, 20 oct. 1983 (*RJ com.* 1985, p. 132, n. F. CHERCHOULY-SICARD ; *D.* 1985, jur., p. 161, n. J.-J. DAIGRE ; *Rev. sociétés* 1984, p. 764, n. M.-N. LEGRAND) : « l'audace à entreprendre, louable en soi, devient imprudence fautive si elle n'est pas servie par de rigoureuses qualités de gestion appliquées à un minimum de moyens ».

implique encore un accroissement de ce volume de risque dont la répartition de la charge est modifiée. L'augmentation du risque supporté par la collectivité du fait de cette mesure, est donc à double détente.

Combien d'entreprises « prometteuses » disparurent du fait de la défaillance de leurs partenaires commerciaux ; de leur relation avec quelques « maillons faibles », sociétés souffrant d'infirmités congénitales vouées à l'échec mais constituées sous l'égide de la promotion de l'audace entrepreneuriale ? Cela semble bien délicat à établir ; de même qu'il semble bien difficile de dresser le bilan comparatif des gains qu'a tiré l'économie de la création d'entreprises que le mécanisme de limitation de responsabilité a favorisé et des torts qui lui furent causés par les disparitions d'entreprises que ce mécanisme a corrélativement entraîné²⁰⁰².

La prise en compte de ces effets pervers a toutefois pu conduire certains auteurs à prôner la mise en place de diverses mesures visant à filtrer les créations d'entreprises afin d'éviter la création de celles qui seraient manifestement non viables, voire d'instaurer un véritable « permis d'entreprendre »²⁰⁰³. Ces propositions restent pour l'heure lettre morte ainsi que l'on pouvait s'y attendre.

Sous-section 2 - Les perturbations portées par le recours aux garanties conventionnelles

*« Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur,
c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit »*

H.-D. LACORDAIRE²⁰⁰⁴

²⁰⁰² Rappr. les travaux de L. EVANS et N. QUIGLEY, « Shareholders liability regimes, principal-agent relationships, and banking industry performance », *Journal of Law & Economics*, 1995, p. 497 et s. (cité par P. LE GOFF, « Faut-il supprimer les sociétés à risque limité ? », *art. cit.*) qui procèdent à la comparaison empirique de la performance économique des banques écossaises du XIX^e siècle ne connaissant pas la mesure de limitation de responsabilité, aux performances de leurs concurrentes. Ils aboutissent à la conclusion que les premières ont une performance nettement supérieure aux secondes.

²⁰⁰³ V. C. GALOKHO « Les atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie résultant de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises », *RTD com.* 2014, p. 489 et s., spéc. n^o9. Plus généralement, rappr. M. MONEGER, *Le contrôle de la constitution de la société facteur de sa viabilité initiale*, th. Paris 1, 1976 ; rappr. B. LECOURT *L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, LGDJ, 2000, n^o374 et s. et n^o399, qui suggère que s'établisse un certain « dialogue » avec le notaire, quant à l'adaptation de la forme et des conditions financières, etc.

²⁰⁰⁴ *Œuvres du R. P. Henri-Dominique Lacordaire*, Paris, Poussielgue frères, 1872, , p. 494.

688. Si la protection dont bénéficient les associés de SSPRL se traduit en une atteinte à la force obligatoire des créances dont disposent les créanciers de la structure, parallèlement, la liberté contractuelle peut être déployée afin de limiter ou de neutraliser les effets d'un tel mécanisme. Ceux qui sont en position de se faire accorder des garanties conventionnelles pourront dans une large mesure outrepasser le mécanisme de limitation de responsabilité en rétablissant par voie conventionnelle l'absoluité de leur droit de poursuite auquel la SSPRL fait obstacle.

La fréquence de ce cas de figure mérite que l'on s'y arrête car il convient d'analyser le phénomène dans son entièreté.

Il conviendra tout d'abord d'évoquer quelques unes des conséquences de l'abandon de la force obligatoire des obligations au jeu des négociations conventionnelles (§1), avant de s'interroger sur l'aptitude du mécanisme à réaliser les objectifs économiques qui justifient son existence, dès lors que les entrepreneurs se trouvent le plus souvent *de facto* obligés de garantir les principales dettes de la société sur leur patrimoine personnel (§2).

§1. L'abandon du mécanisme obligatoire au jeu de la liberté contractuelle

689. La sanction par le marché de garanties insuffisantes – Il a été observé déjà combien pouvait être vigoureuse la protection dont bénéficient les utilisateurs de SSPRL en l'état du droit positif. Les associés disposent en effet d'un pouvoir très étendu dans la détermination de la responsabilité qu'ils supporteront pour l'activité qu'ils mènent au travers de leurs structures. En usant habilement de quelques leviers, ils peuvent aisément se ménager une irresponsabilité parfois totale et souvent en tout cas d'une ampleur difficile à justifier²⁰⁰⁵, ce dont découle un amoindrissement corrélatif du mécanisme obligatoire censé assurer l'effectivité des créances pesant sur la société – et partant des normes que ces dernières sanctionnent²⁰⁰⁶.

Mais à ces possibilités théoriques qu'offre la technique juridique, on pourrait penser opposer un argument tenant d'un pragmatisme économique évident : une structure personnifiée n'offrant pas de garanties suffisantes à ses créanciers sera simplement mise au ban des relations économiques et placée dans l'incapacité de développer une quelconque activité.

690. La force du mécanisme obligatoire confiée à la négociation contractuelle – L'argument déjà évoqué²⁰⁰⁷, repose sur l'idée d'une sorte de régulation naturelle qu'opérerait de lui-même le « marché », ou le libre jeu des relations entre agents. De fait, cette régulation naturelle devrait conduire les associés utilisateurs de SSPRL à ne pas trop atrophier la force obligatoire des créances naissant contre leur société – bien qu'ils aient la possibilité juridique de le faire – pour ne pas encourir l'ostracisme économique qui en serait la sanction spontanée de l'ordre économique.

À suivre ce raisonnement, le mécanisme obligationnel tendrait donc à être gagné par un vent de libéralisme : son efficacité ne serait plus tant garantie par le jeu de dispositions juridiques impératives mais serait simplement le fruit des rencontres de volontés et de leur anticipation ; l'effectivité du mécanisme obligatoire procéderait de l'ajustement et de la conciliation des intérêts antagonistes des agents économiques. L'ordre juridique n'offrirait donc plus que le bénéfice d'un mécanisme obligatoire *a*

²⁰⁰⁵ *V. supra* Chapitre 1.

²⁰⁰⁶ *V. supra* n°676 et s.

²⁰⁰⁷ *V. supra* n°611 et s.

minima, et confierait au jeu des relations économiques le soin d'établir un juste mécanisme de garantie des créances. En ce sens, M. Pietrancosta écrit par exemple à propos de la suppression du capital social minimal qu' « en se refusant à substituer par la loi d'autres modes de protection, le législateur ne crée pas le vide. Il laisse simplement vivre la négociation entre parties prenantes. Les personnes entrant en relation avec une société sous capitalisée tenteront naturellement de se couvrir contre ce risque. (...) Et si finalement les intéressés estiment que le capital remplit efficacement cette fonction protectrice, alors ils le rétabliront. Car après tout c'est une liberté nouvelle qui est offerte, rien de plus ! Le rétablissement se fera simplement sur un mode décentralisé et de manière adaptée aux besoins concrets »²⁰⁰⁸.

691. Le risque d'aboutir à un système inégalitaire – En réalité cependant, cette régulation spontanée n'a vocation à se réaliser que sur un marché efficient, lequel suppose notamment que ses différents acteurs se trouvent en position d'égalité et disposent des mêmes informations²⁰⁰⁹.

Faute le plus souvent pour ces conditions d'être réunies²⁰¹⁰, cette libéralisation du mécanisme obligatoire risque en réalité de conduire à un système profondément inégalitaire où les agents en situation de puissance économique disposent *de facto* du pouvoir de se faire consentir de fortes garanties qui ne profiteront qu'à eux seuls et qui seront acquises au détriment des agents en position de faiblesse qui, quant à eux, supporteront de plein fouet le jeu d'une répartition des risques inégalitaire et déséquilibrée, que les utilisateurs de la structure seront par hypothèse en position économique de leur imposer²⁰¹¹.

²⁰⁰⁸ A. PIETRANCOSTA, « Capital zéro ou zéro capital », in A. COURET, H. LE NABASQUE (dir.) *Quel avenir pour le capital social ?*, op. cit., p. 127 et s., spéc. p. 136-137. Rappr. Th. BONNEAU, note sous Cass. com., 19 oct. 1999 : *Dr. sociétés*, 2000, n° 1, p. 4, pour qui « aucune difficulté ne surgit si cette contribution est librement et unanimement acceptée par les associés ».

²⁰⁰⁹ Rappr. P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés », art. cit., spéc. p. 234.

²⁰¹⁰ Idem.

²⁰¹¹ Rappr. L. NURIT-PONTIER, « La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences », *D.* 2003, p. 1612 et s., « Ne risque-t-on pas en effet de voir émerger deux catégories de créanciers : d'un côté, les créanciers les plus importants, puissants et organisés, qui n'hésiteront pas à se faire consentir des garanties personnelles par les associés, de l'autre tous les autres créanciers, plus petits, moins organisés, moins informés qui, en l'absence de garanties personnelles ne pourront même plus compter sur la protection légale minimale ? Là encore, la situation n'est pas nouvelle, faut-il pour autant accepter de la voir s'amplifier ? ».

692. L'intérêt des créanciers puissants aux garanties conventionnelles à leur bénéfice exclusif – En effet, les agents susceptibles d'exercer une pression économique sur la SSPRL et ses utilisateurs – en conditionnant leurs relations avec la société à l'existence d'un mécanisme obligatoire effectif – n'ont nul intérêt à ce que l'effectivité du mécanisme obligatoire de droit commun dont bénéficie l'ensemble des créanciers, soit renforcée. Au contraire, leur intérêt commande plutôt qu'ils se fassent octroyer par voie conventionnelle des sûretés qui ne garantiront que leurs propres créances. Par ce biais, ils s'assurent une affectation de la richesse disponible des associés exclusivement à leur profit et évitent le concours des autres créanciers²⁰¹².

Comme nous l'avons déjà montré, il est par exemple préférable pour le banquier dispensateur de crédit, ou quelque autre créancier puissant, que les associés laissent hors du patrimoine social le plus de richesses possibles pour ne les affecter ensuite par voie conventionnelle qu'à la garantie exclusive des droits de ce créancier (via un cautionnement ou diverses sûretés réelles) plutôt que de placer ces richesses dans le patrimoine social en garantie de l'ensemble des créanciers sociaux avec lesquels le banquier se trouverait alors en concours²⁰¹³.

693. Le report des conséquences sur les autres créanciers – Quant aux partenaires en position de faiblesse de même que ceux qui, pour diverses raisons, ne prêtent pas attention à ces questions, ainsi que ceux dont la créance contre la société est accidentelle, faute de pouvoir obtenir par voie conventionnelle de semblables garanties²⁰¹⁴ leur droit ne portera que sur le strict patrimoine de la structure à risque limité qui sera reconnue débitrice, et ils subiront partant de plein fouet l'altération du mécanisme obligatoire de droit commun.

694. Conclusion : l'incapacité du jeu des relations de marché à compenser l'érosion du mécanisme obligatoire – Aussi, parallèlement à la limitation draconienne de leur responsabilité que les associés ont la possibilité de se ménager en organisant à leur avantage la construction de leur SSPRL, la liberté contractuelle sera le plus souvent sollicitée afin de limiter ou de neutraliser, au profit de quelques créanciers puissants, les

²⁰¹² V. *supra* Chapitre 1.

²⁰¹³ V. *supra* n° 619 et s.

²⁰¹⁴ V. *supra* n° 613 et s.

effets d'un tel mécanisme. Tandis que, *erga omnes*, la SSPRL fera obstacle à la responsabilité personnelle des associés, les garanties conventionnelles consenties à quelques partenaires puissants permettront de rétablir à leur profit une responsabilité illimitée.

Loin de parvenir à un équilibre global des intérêts antagonistes et uniformes que seraient d'une part ceux des associés et d'autre part ceux des créanciers, le jeu des relations interindividuelles conduit à un fort accroissement des inégalités entre créanciers.

§2. Appréciation des vertus économiques de la mesure combinée à la pratique généralisée du recours aux sûretés.

695. La pratique fréquente du recours aux garanties conventionnelles afin de compenser le mécanisme de SSPRL – De fait, les créanciers qui en ont la possibilité seront d'autant plus incités à exiger des garanties conventionnelles que le mécanisme obligatoire de droit commun sensé garantir leur créance sera faible²⁰¹⁵.

En pratique, il est courant sinon quasi systématique que les créanciers puissants (banquiers pourvoyeurs de crédit, bailleurs, franchiseurs, principaux fournisseurs, etc.) conditionnent leur concours à une entreprise naissante constituée sous forme de SSPRL à l'octroi d'une sûreté personnelle de la part des principaux associés et /ou des dirigeants²⁰¹⁶. Le recours à l'emprunt bancaire cautionné par l'« entrepreneur » apparaît presque incontournable au moment de la création de l'entreprise sous forme de SSPRL²⁰¹⁷. Les entrepreneurs sont en cette hypothèse bien souvent en position de

²⁰¹⁵ Rapp. P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés », *art. cit.*, spéc. p. 234

²⁰¹⁶ V. Ph. MERLE, A. FAUCHON, *op. cit.* 23^{ème} éd. n° 208, p. 220 : « De son côté la pratique bancaire est venue, en fait, ruiner le principe de la responsabilité limitée du gérant ou de l'associé principal. Le banquier qui prête de l'argent ou consent une ouverture de crédit à une SARL ne peut pas se contenter de la garantie offerte par le capital social, désormais librement fixé par les statuts. Il exige systématiquement de la part du gérant ou de l'associé majoritaire, un cautionnement personnel qui l'engage bien au-delà de son apport ». V. encore, P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.* 7^{ème} éd. n°198, p. 159 ; M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, Litec, 10^{ème} éd. 2015, n°121 ; P. ANCEL, *Le cautionnement des dettes d'entreprise*, Dalloz 1989 ; S. DANA-DEMARET, *Le capital social*, Litec 1989, préf. Y. REINHARD, n°297 et s., p. 336 et s.

²⁰¹⁷ V. not. L. JOBERT, *Le principe de responsabilité limitée*, *Bull. Joly Société* 2007 p. 225 et s. ; A. PIEDELIEVRE, *art. cit.* ; G. SERRA, « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1er août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? », *art. cit.* ; v. encore, Y. CHARTIER, « L'évolution de l'engagement des associés » : *Rev. sociétés*, 1980, p. 1, spéc. p. 22, n° 47.

faiblesse économique et seront partant contraints d'accepter les conditions posées par ces quelques partenaires indispensables.

696. Conséquences d'une telle pratique sur le bilan macroéconomique de la mesure – En raison de la fréquence de cet « infléchissement de la personnalité morale »²⁰¹⁸ que réalise le recours aux sûretés exigées par les créanciers puissants, on peut douter de la réalité de l'effet incitatif à la création d'entreprise que l'on attribue au mécanisme de SSPRL.

Par ce biais en effet, la limitation de responsabilité vient à être neutralisé²⁰¹⁹, au profit certes de quelques créanciers seulement, mais pour des dettes d'un montant souvent colossal rapporté aux facultés individuelles du ou des garants²⁰²⁰. De sorte que ces derniers apparaissent bel et bien le plus souvent, confrontés au risque une véritable ruine personnelle en cas d'échec de leur entreprise²⁰²¹.

Certes, arithmétiquement, le risque pris par l'entrepreneur sera sans doute moindre en recourant à une SSPRL et en n'ouvrant l'accès à son patrimoine personnel qu'à quelques créanciers sociaux par le biais de sûretés que s'il exploitait l'entreprise sans nullement utiliser la technique de la SSPRL. En réalité cependant, le risque de ruine n'est diminué alors que dans une faible proportion, insuffisante pour qu'il soit permis d'assurer que la différence suffit à influencer la décision d'entreprendre.

²⁰¹⁸ A. PIEDELIEVRE, « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz. Pal.*, 1982, 1, doct., p. 85.

²⁰¹⁹ J. P. LEGROS, in *J. Class. Sociétés traité*, fasc. 36-50 « Cautionnement des sociétés par leurs dirigeants ou leurs associés », n°2 : « Pour les dispensateurs de crédit, le cautionnement permet ici de "faire sauter" la limitation de responsabilité générée par la personnalité juridique de la société » ; rapp. J. DEVESE, « Les dirigeants cautions », *JCP E* 2001, suppl. *Cah. Dr. Entr.* n°3 p 27.

²⁰²⁰ Sous réserve du jeu de l'article L. 332-1 du Code de la consommation en matière de cautionnement (« Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation », v. not. D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ 12^{ème} éd. 2017, n°173 et s., p. 145 et s.). On remarquera que cette règle de protection de la caution ayant souscrit un engagement disproportionné fut justement généralisée à toute caution personne physique (elle ne s'appliquait initialement qu'aux contrats de consommation) par la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 qui venait précisément libéraliser le montant du capital social des SARL (rapp. G. SERRA, « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? », *BJS* 2004, p. 915 et s.).

²⁰²¹ Rapp. S. PIEDELIEVRE, « Patrimoine d'affectation, droit des créanciers et droit des sûretés », in *Mélanges P. Le Cannu*, LGDJ 2014, p. 547 et s., qui affirme à propos de l'EURL « Malgré tout, ce fut un échec relatif. Le droit du crédit explique en grande partie ce phénomène, puisque les banques contournent aisément la séparation patrimoniale en exigeant un cautionnement qui rend inopérante toute protection du patrimoine personnel ». V. également A. PIEDELIEVRE, *art. cit.* : « On en arrive à une mise sous boisseau de l'être moral puisqu'en fait, celui-ci est négligé, le débiteur principal réel étant en fait le dirigeant ou l'associé pris en tant que caution ». Rapp. enfin P. SIMLER, « Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement », *JCP N*, 1987, I, 199.

Au delà d'un certain seuil, les individus distinguent-ils vraiment selon le degré de ruine qui les menace, et cette différence, quand bien même elle serait perçue, est-elle vraiment susceptible d'influer sur leur comportement²⁰²² ?

L'ampleur macro-économique de l'effet attendu de la mesure mérite donc certainement d'être relativisée.

Or, ainsi considérés, on peut se demander si les bénéfiques que tire effectivement l'économie sont suffisants pour compenser les inconvénients que cette mesure présente et les perturbation qu'elle introduit dans le jeu normal du droit privé.

697. Ne subsistent plus que les effets pervers – Si du point de vue des risques que supporte l'entrepreneur, le contournement de la mesure via le recours aux garanties conventionnelles tend à neutraliser les effets de protection recherchés et le dynamisme que cette dernière est réputée susciter, le bilan n'est pour autant pas neutre à tous les égards. L'« autonomie patrimoniale sélective »²⁰²³ qui découle de ce contournement de la SSPRL par les sûretés conventionnelles emporte les atteintes à l'égalité des créanciers ou la hiérarchie que la loi souhaite instaurer entre eux-ci²⁰²⁴ que nous avons mis en évidence²⁰²⁵.

698. Le retour au régime de commandite – Il a été établi que le mécanisme de limitation de responsabilité de l'associé se justifie traditionnellement par deux fonctions : la première, historiquement, étant d'attirer les capitaux de l'épargne privée pour les drainer vers les entreprises nécessiteuses de financement. La seconde tient à la promotion de

²⁰²² On pourrait ajouter également pour relativiser l'importance du risque pris par les associés dans un tel cas de figure que, lorsqu'ils désintéressent les créanciers sociaux à qui ils ont consentis des garanties sur leur patrimoine ou leur biens personnels, les associés disposent d'un recours contre leur propre société, débiteur principal (soit au titre de la subrogation soit au titre du recours personnel du garant contre le débiteur principal). Cela leur permet donc de venir à la procédure collective de leur propre société et d'espérer recouvrer une partie tout au moins de la somme dont ils se sont appauvris (rapp. *supra* n°601 et s.).

²⁰²³ S. DANA-DEMARET, *Le capital social*, Litec 1989, préf. Y. REINHARD, n°301, p. 342.

²⁰²⁴ V. *supra* n°691 et n° 619 et s. et rapp. L. NURIT-PONTIER, « La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences », *D.* 2003, p. 1612 et s., « Ne risque-t-on pas en effet de voir émerger deux catégories de créanciers : d'un côté, les créanciers les plus importants, puissants et organisés, qui n'hésiteront pas à se faire consentir des garanties personnelles par les associés, de l'autre tous les autres créanciers, plus petits, moins organisés, moins informés qui, en l'absence de garanties personnelles ne pourront même plus compter sur la protection légale minimale ? Là encore, la situation n'est pas nouvelle, faut-il pour autant accepter de la voir s'amplifier ? ».

²⁰²⁵ V. *supra* not. n° 619 et s. ; rapp. J.-J. DAIGRE, « L'EURL : vains regrets, vrais intérêts » *RJ com* 1988, p. 1, n°2 ; A. PIEDELIEVRE, « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz. Pal.*, 1982, 1, doct., p. 85, S. DANA-DEMARET, *op. cit.*, n°301 et s., p. 342 et s.

l'initiative entrepreneuriale, cette dernière apparaissant bien plus tardivement avec la démocratisation de la société anonyme et surtout l'avènement de la SARL²⁰²⁶.

Or c'est essentiellement ce second objectif d'« incitation à la création d'entreprise » qui est affecté par cette pratique de recours aux sûretés conventionnelles car ceux qui se cantonnent à un rôle de simple financiers n'acceptent que rarement de s'en porter garant ; de sorte que la vocation du mécanisme à drainer l'épargne des bailleurs de fonds ne sera généralement pas affectée par le recours aux sûretés conventionnelles.

Ce sont principalement les « chefs d'entreprise » qui sont appelés et qui consentent à garantir sur leurs patrimoine personnel les dettes de la société, principalement en début vie sociale²⁰²⁷, et le recours aux garanties conventionnelles vient donc essentiellement neutraliser l'effet attendu de promotion de l'initiative entrepreneuriale que l'on prête aux SSPRL en rétablissant la quasi entièreté du risque supporté par les créateurs d'entreprises.

On s'aperçoit alors que par une sorte de curieux retour aux origines, la figure courante contemporaine qui concerne bon nombre de structures de petite ou moyenne taille rappelle à l'évidence le schéma de la commandite où apparut pour la première fois le phénomène de limitation de la responsabilité d'un associé²⁰²⁸. La combinaison d'une SSPRL et d'un recours aux sûretés conventionnelles auxquelles sera assujetti l'entrepreneur aboutit simplement en effet à organiser la cohabitation, d'une part, d'investisseurs qui se bornent à financer une entreprise – et qui se contentent d'un contrôle lointain de sa gestion – et dont les risques sont effectivement limités au montant investi avec, d'autre part, un ou plusieurs entrepreneurs qui supportera personnellement les risques de l'entreprise²⁰²⁹.

699. Conclusion de section – En l'état du droit positif, le mécanisme de limitation des risques qui découle des SSPRL conduit à abandonner dans une large mesure la vigueur du mécanisme obligatoire assurant l'effectivité des créances et des dettes au jeu de la libre négociation entre agents économiques. En effet les utilisateurs de SSPRL ont juridiquement la possibilité de s'aménager une parfaite irresponsabilité par ce biais ; ce

²⁰²⁶ V. *supra* n° 216 et s. et n° 236 et s. .

²⁰²⁷ V. J.-P. LEGROS, *J. Class Société-traité*, fasc. 36-50 préc.

²⁰²⁸ V. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, n° 162 et s. et *infra* n° 736 et s.

²⁰²⁹ V. *infra* n° 736 et s.

sont alors l'autorité et l'effectivité du système de droit privé dans son intégralité qui se trouvent sapées.

Toutefois, bien souvent, le rapport de force conduira les créanciers à exiger des garanties conventionnelles sur le patrimoine personnel des entrepreneurs. Dans un tel cas de figure, la limitation du risque de ces derniers sera neutralisée et les effets bénéfiques attendus des SSPRL sur la promotion de l'initiative économique sera annihilée. Les véritables gagnants de ce système seront donc les créanciers puissants qui, grâce à la combinaison du recours à une SSPRL et à son contournement par le biais de sûretés conventionnelles, échappent au concours des créanciers faibles et des privilégiés et voient donc l'effectivité de leurs droits renforcée.

Section 2 - Les voies d'un rééquilibrage

700. Le mécanisme de limitation de responsabilité nous est apparu tout au long de cette étude déconnecté à de nombreux égards de sa raison d'être, doté d'un champ d'application et d'une vigueur dépassant largement ce que ses justifications désignent.

Au fil de l'analyse et de la description de ces errements, certains biais de corrections du mécanisme sont parfois apparus spontanément. On pourra les rappeler ici et en envisager quelques autres.

Les diverses propositions que nous nous apprêtons à présenter, puisqu'elles visent parfois à résoudre les mêmes malfaçons, pourront à certains égards se recouper ou apparaître redondantes. Il ne s'agit ici de toute façon que de donner l'ébauche de quelques pistes de réforme dont les modalités de réalisation dépendront en grande partie de considérations politiques car le sujet est de ce point de vue éminemment sensible. Ces propositions paraissent d'ailleurs se heurter presque toujours à cette objection qu'est la prétendue contrariété aux intérêts de « la pratique », notion le plus souvent réduite aux seuls acteurs qui sont les bénéficiaires du mécanisme ou aux agents économiques en position de puissance²⁰³⁰.

701. L'une des directions phares que devrait prendre toute réforme qui aurait pour ambition de réconcilier le mécanisme de SSPRL avec sa raison d'être et d'en effacer les dérives consisterait à faire rentrer le mécanisme dans son lit naturel en s'employant à indexer la SSPRL sur la notion d'entreprise. Une multitude de mesures peuvent œuvrer à cet objectif ; certaines apparaissent par effet de négatif de la description des malfaçons du régime qui ont été précédemment envisagées et l'on peut proposer leur mise en œuvre (Sous-section 1).

Au delà de ce premier objectif, diverses mesures qui permettraient plus généralement un rééquilibrage du mécanisme pourraient être considérées (Sous-section 2).

²⁰³⁰ Rappr. *supra* n°463 et s.

Sous-Section 1 - L'indexation de la SSPRL sur l'entreprise sous-jacente

702. Tout d'abord, la réintégration de la notion d'entreprise au cœur de l'appareil conceptuel de la SSPRL pourrait avoir pour notable conséquence que soit érigée en condition effective du jeu du mécanisme de limitation de responsabilité l'existence d'une véritable entreprise sous-jacente à toute SSPRL. Nous avons déjà longuement abordé cette question, mais parce que cette exigence s'inscrit dans la logique générale dont il est ici question, nous rappellerons d'un mot les conclusions auxquelles nous sommes déjà parvenus aux termes de nos précédentes analyses (§1). Ensuite, cette démarche pourrait conduire à indexer le droit de gage des créanciers de l'une des structures de l'entreprise à l'ensemble de l'actif de cette dernière sans tenir compte de sa division en une pluralité de structures juridiques (§2). Enfin, cet objectif pourrait impliquer de redonner à la notion d'apport qui constitue la mesure de la responsabilité des associés une signification véritable, en exigeant que se réalise par ce biais le financement de l'entreprise (§3).

§1. L'exigence d'une entreprise sous-jacente à toute SSPRL

703. Rappel – Ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le voir, compte tenu de la gravité des dérogations que porte ce régime, il paraît impérieux que son champ d'application soit strictement limité à ce que cette raison d'être commande. Or, dans la mesure où le mécanisme de limitation de responsabilité trouve sa justification dans sa vocation à favoriser la création et le financement de l'entrepreneuriat²⁰³¹, il faut certainement poser pour condition d'accès à la création d'une SSPRL l'existence d'une véritable ambition entrepreneuriale ; autrement dit, que ceux qui aspirent au bénéfice de ce régime de faveur fassent la démonstration qu'ils entendent faire usage de cet instrument juridique en vue de l'exploitation d'une entreprise ; et d'une entreprise du type de celle dont la création et le financement sont susceptibles d'être favorisés par un tel régime afin d'éviter d'inutiles effets d'aubaine²⁰³². En l'état, le droit positif contemporain ne

²⁰³¹ V. *supra* n° 551 et s.

²⁰³² À propos de la définition qu'il convient de donner à la notion d'entreprise dans ce cadre, v. *supra* n°532 et s., et spéc. n°527. En suivant cette logique, il conviendrait de revenir sur notamment sur l'admission législative des SEL unipersonnelles : v. *supra* n°532

conditionne aucunement le bénéfice de ce régime à une telle circonstance, aussi apparaît-il pour cette raison gravement lacunaire.

Parce que la nécessité d'une telle mesure a déjà été établie et que nous avons déjà pu conclure à l'absence d'obstacle dirimant à sa réalisation²⁰³³, il suffit de rappeler qu'elle nous a semblé pouvoir se réaliser notamment par la mise en place d'un contrôle *a priori* lors de la constitution de la structure²⁰³⁴ – auquel pourrait être couplé un contrôle *a posteriori*²⁰³⁵ – tenant à la réalité et la sincérité du projet entrepreneurial.

§2. La neutralisation de la pratique de ventilation d'une même entreprise en de multiples SSPRL

704. Le phénomène de décorrélation de l'outil juridique qu'est la SSPRL par rapport à la figure de l'entreprise trouve également une manifestation dans la pratique consistant à ventiler en une multitude de structures, juridiquement tenues pour autonomes, une entreprise unique. Nous avons déjà eu l'occasion de le déplorer²⁰³⁶.

Il semble pourtant tout à fait envisageable techniquement de briser cette décorrélation artificielle pour élargir à l'ensemble des richesses affectées à l'entreprise le gage des créanciers de ses diverses émanations juridiques. Le droit de la concurrence use depuis longtemps d'outils qui permettent une telle solution et il serait aisé de s'en inspirer pour ériger sa logique en principe général du droit des SSPRL (A), quitte à l'adapter quelque peu (B).

²⁰³³ V. *supra* n°527 et s. et n°541 et s.

²⁰³⁴ Si l'on estime qu'un tel contrôle dépasse le champ de compétence du greffe qui aujourd'hui ne se charge que de vérifier de manière superficielle le respect apparent des conditions juridiques requises pour le bénéfice du régime de SSPRL, on pourrait envisager d'en confier la charge soit à l'autorité judiciaire, soit à un organisme spécialement en charge d'un contrôle *a priori* des constitutions de SSPRL, v. *supra* n°541 *infra* n° 728, et v. M. MONEGER, *Le contrôle de la constitution de la société facteur de sa viabilité initiale*, th. Paris 1, 1976.

²⁰³⁵ V. *supra* n°541 et s.

²⁰³⁶ V. *supra*. n° 624s.

A. La généralisation de l'analyse entrepreneuriale du droit de la concurrence

705. Rappel du constat du déséquilibre du droit positif – Nous avons montré que la marge de liberté laissée aux utilisateurs de SSPRL pour organiser l'architecture juridique de leur activité à leur avantage semblait excessive. La multiplication discrétionnaire des structures en jeu constitue l'un des leviers dont ils disposent pour atténuer la responsabilité qu'ils sont susceptibles d'encourir²⁰³⁷. Aussi, tandis que les moyens de l'ensemble du groupe tendraient à une même finalité, seraient soumis à une unité de direction – en somme, relèveraient d'une même entreprise – et draineraient le profit en un unique point de fuite, les richesses qu'elles représentent feraient en revanche l'objet d'un strict rattachement à une structure juridique spécifique et ne répondraient partant que des dettes imputées à cette dernière. Il est dès lors possible que, malgré un endettement considérable, une même entreprise perdure en abandonnant simplement l'une des entités juridiques qui la composent à ses créanciers²⁰³⁸, tandis que le reste des richesses qui lui sont affectées restent hors d'atteinte de ces derniers. Ici réside à l'évidence une asymétrie difficilement justifiable en ce que les effets de ces sortes de cloisonnements « ne se font sentir que dans un seul sens »²⁰³⁹.

Heurtant la logique du mécanisme²⁰⁴⁰, cette pratique qui réalise un divorce éclatant « entre les formes juridiques et leur substratum économique »²⁰⁴¹ conduit à l'organisation d'un régime de limitation des risques particulièrement vigoureux et affranchi de ses justifications.

Car si la prétention des utilisateurs de structures juridiques à une division de leur entreprise en une pluralité de sociétés à des fins de meilleure gestion paraît tout à fait admissible, rien ne permet de justifier en revanche que cette segmentation pour des

²⁰³⁷ V. *supra* not. n°624 et s.

²⁰³⁸ Rappr. C. CHAMPAUD et D. DANNET, note sous Com. 19 avr. 2005 (*Metaleurop*), *RTD com.* 2005, p. 541 : « tout comme le métabolisme du lézard lui permet d'abandonner sans dommage sa queue au prédateur qui s'en est saisi, le groupe se sépare de la filiale qui répondra seule des préjudices dont elle peut être responsable ».

²⁰³⁹ C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration...*, op. cit. n°372, p. 279.

²⁰⁴⁰ Rappr. not. C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par action*, op. cit., n°362, p. 274 : « l'indépendance économique des sociétés groupées est abolie sans que leur autonomie juridique soit apparemment mise en cause. Cependant, l'unité de direction économique qui caractérise le groupe tend à vider de sa substance juridique la personnalité morale des sociétés subordonnées. La personne morale subsiste intacte en apparence, mais elle tend à ne plus être qu'une apparence ».

²⁰⁴¹ M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, op. cit., n°116 ; rappr. C. DEL CONT, op. cit., p. 103.

considérations de bonne gestion emporte *ipso facto* pour conséquence une division des risques, ainsi que nous avons eu l'occasion de le voir²⁰⁴²

En l'état toutefois, notre droit positif choisit de faire supporter l'échec de l'une des structures juridique d'une entreprise décomposée à la communauté de ses créanciers plutôt qu'aux autres entités juridiques qui composent cette entreprise.

706. Le mécanisme pragmatique du droit de la concurrence comme inspiration –

Un rééquilibrage du régime de la limitation des risques semble pourtant parfaitement envisageable en ce sens que les outils juridiques adéquats existent ; leur mise en œuvre étant simplement subordonnée à une volonté politique – raison pour laquelle ses partisans sont souvent perçus comme « de doux rêveurs ou des inconscients qui nuisent à l'économie française »²⁰⁴³.

Ainsi que cela a été évoqué, le droit de la concurrence tend depuis longtemps maintenant à dépasser les découpages formels d'une entreprise unique en plusieurs structures juridiques²⁰⁴⁴.

C'est l'*entreprise* que cherche directement à appréhender cette matière, aussi, dès lors qu'est établi que la structure juridique qui s'est formellement livrée à l'agissement anticoncurrentiel reproché n'est qu'une émanation d'une entreprise plus vaste, c'est cette entreprise – et les structures qui la composent – que ce droit pragmatique cherchera à saisir. Aussi tient-il pour responsables, avec la structure qui s'est formellement livrée à l'agissement répréhensible, les différentes entités qui composent l'entreprise, à commencer par la structure qui exploite effectivement cette dernière²⁰⁴⁵. Ainsi, dans l'hypothèse où « bien qu'ayant une personnalité distincte,

²⁰⁴² V. *supra* n°624 et s.

²⁰⁴³ A. DANIS-FATÔME « L'articulation entre responsabilité personnelle et responsabilité fondée sur le contrôle- La question de la contribution à la dette », in Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATÔME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p. 48 et s., spéc. p. 48.

²⁰⁴⁴ V. *supra* n° 647 et s. et v. la jurisprudence constante depuis CJCE 14 juillet 1972, Geigy/Commission, aff. C-52/69, « aux fins de l'application des règles de concurrence, l'unité de comportement sur le marché prime sur la séparation formelle entre ces sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte » ; pour une illustration plus récente, v. CJUE 1er juill. 2010, n° C-407/08 P, Knauf Gips c/ Commission, Rec. I, p. 6375. Rappr. L. IDOT, « La responsabilité des personnes morales : les leçons du droit européen de la concurrence », *Concurrences* n° 1/2012, févr. 2012, p. 55/72 ; E. CLAUDEL, « Responsabilité au sein des groupes en droit de la concurrence, un exemple à suivre ? » in « Indépendance juridique de la personne morale *versus* dépendance économique », Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATÔME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p. 23 et s.

²⁰⁴⁵ V. par exemple TUE 7 juin 2011, n° T-206/06, Total et Elf Aquitaine, pts 205 à 209, *RTD eur.* 2011. 834, obs. L. IDOT : le responsable étant la société en charge « de l'exploitation de l'entreprise

[une] filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel des instructions qui lui sont données par la société mère »²⁰⁴⁶, la société qui disposait sur l'auteur de l'agissement anticoncurrentiel d'une influence déterminante se verra imputer cet agissement et supportera donc les conséquences juridiques qui en découlent solidairement avec sa filiale²⁰⁴⁷ et avec l'ensemble des structures qui composent l'entreprise²⁰⁴⁸. Et il semble désormais admis que le raisonnement vaille non seulement dans le cadre du litige tenant à la répression des agissements concurrentiels, mais encore dans le cadre des réparations consécutives à de tels agissements en droit de la responsabilité civile²⁰⁴⁹.

707. L'extension du mécanisme de droit de la concurrence parfaitement envisageable – Nous avons déjà eu l'occasion de présenter cette réglementation aujourd'hui établie²⁰⁵⁰ et dont la description fait l'objet de nombreux travaux exhaustifs²⁰⁵¹.

au moment où l'infraction a été commise » ; rappr. G. DECOCQ, « Synthèse du droit français et européen en matière d'imputabilité et de responsabilité civile et pénale », *AJCA* 2015, p. 56.

²⁰⁴⁶ CJUE 10 sept. 2009, n° C-97/08 P, Akzo Nobel e.a. c/ Commission.

²⁰⁴⁷ V. *Encyclopédie Lamy Droit économique*, n°51 et s. Rappelons que ce n'est nullement l'existence de directives de la part de la société mère, tendant à encourager à la réalisation du comportement anticoncurrentiel qui déclenchera sa responsabilité, il suffit pour cela que soit simplement établie son emprise effective sur la filiale au moment de l'agissement reproché (v. not. O. ANCELIN-MENAIS, « L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles », *JCP E* 2008, 1428, spéc. n° 5).

²⁰⁴⁸ V. M. CHAGNY, « Responsabilité concurrentielle et civile de l'entreprise » : *Contrats, conc. consom.* 2017, dossier 6 : « L'effacement des personnes juridiques derrière l'unité économique, a conduit la jurisprudence concurrentielle à admettre, à contre-courant de l'indépendance des personnes morales faisant partie d'un groupe de sociétés, que les agissements d'une filiale puissent être imputés à sa société-mère, solidairement responsable du paiement de l'amende avec toutes les personnes juridiques constituant l'entreprise ». V. aussi C. LÉMAIRE, « La responsabilité concurrentielle dans les groupes de sociétés », *Contrats, conc. consom.* 2017, dossier 5 ; J. DEPREENNE, « L'imputation des pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences*, 3-2014, p. 95.

²⁰⁴⁹ Cette solution semble aujourd'hui affirmée tant par le droit européen (v. not. A. CONSTANS, « Un nouveau cas de responsabilité civile du fait d'autrui », obs. sous CJUE, 14 mars 2019, aff. C-724/17, *Vantaan c/ Skanska*, *JCP E* 2019, 1286 : « Ainsi donc la notion d'entreprise doit-elle dorénavant permettre de désigner non seulement le débiteur de l'amende administrative, mais également celui des dommages-intérêts dus aux victimes de pratiques anticoncurrentielles ») qu'en droit interne (v. M. CHAGNY, « Responsabilité concurrentielle et civile de l'entreprise », *Contrats Concurrence Consommation* n° 7, Juillet 2017, dossier 6 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Du débiteur de la réparation dans l'ordonnance du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles », *RDC* 2017, p. 310 et s.). V. art. L 481-2 du Code de commerce. Rappr. E. CLAUDEL, « Responsabilité au sein des groupes en droit de la concurrence, un exemple à suivre ? » in « Indépendance juridique de la personne morale versus dépendance économique », Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATOME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017.

²⁰⁵⁰ V. *supra* n°672 et s.

²⁰⁵¹ V. not. N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2018 ; O. ANCELIN-MENAIS, « L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles », *JCP E* 2008, 1428, G. DECOCQ, « La responsabilité en droit des pratiques anticoncurrentielles des sociétés mères du fait de leurs filiales », *RJ com.* 2007, n° 4, p. 281 et s. ; M. CHAGNY, « Comment déterminer le(s) responsable(s) et répartir la charge de l'indemnisation : deux questions pratiques à ne pas négliger »,

Par ce biais, le droit de la concurrence réalise un certain « réajustement entre pouvoirs et responsabilité »²⁰⁵² dont on est tenté d'étendre le champ. Un tel projet qui s'appuierait sur une réglementation que quarante ans d'expérience ont permis d'affiner semble parfaitement réaliste²⁰⁵³.

Si le législateur français, récemment amené à opérer la transposition des principes européens en matière d'indemnisation consécutive à une pratique anticoncurrentielle, a ainsi consacré le principe selon lequel « toutes les personnes physiques ou morales composant l'entreprise sont responsables des dommages causés par l'entreprise »²⁰⁵⁴, rien ne semble s'opposer à la généralisation d'une telle solution. Les critères d'imputabilité retenus, les outils de détermination du périmètre de l'entreprise, les différents indices et présomptions servant à établir le siège de l'exploitation de l'entreprise, etc. peuvent tout à fait être transposés au delà du droit de la concurrence pour permettre de décloisonner l'entreprise ventilée en diverses structures²⁰⁵⁵. Une telle solution que permet facilement de réaliser les outils déjà à l'œuvre en droit de la concurrence permettrait ainsi de neutraliser « cette discontinuité entre “indépendance juridique de la personne morale” et “dépendance économique” [où] va se nicher et fermenter une forme d'irresponsabilité juridique »²⁰⁵⁶.

B. Modalités d'application

in « Réparation du préjudice concurrentiel : quelles nouveautés ? Quelles difficultés ? » *AJCA* 2014, p. 265 et s. ; G. DÉCOQ, « Synthèse du droit français et européen en matière d'imputabilité et de responsabilité civile et pénale », *AJCA* 2015, p. 56.

²⁰⁵² V. G. VINEY, « L'influence souhaitable sur l'attribution des responsabilités des relations de dépendance entre sociétés », in « Indépendance juridique de la personne morale *versus* dépendance économique », Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATOME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p. 44 et s., spéc. p. 45.

²⁰⁵³ E. CLAUDEL, « Responsabilité au sein des groupes en droit de la concurrence, un exemple à suivre ? », *art. cit.*

²⁰⁵⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Du débiteur de la réparation dans l'ordonnance du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles », *RDC* 2017, p. 310, spéc. p. 310.

²⁰⁵⁵ V. *supra* n° 647 et s.

²⁰⁵⁶ R. BISMUTH, « Remarques conclusives » in « Indépendance juridique de la personne morale *versus* dépendance économique », Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATOME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p.56 et s., spéc. n°1.

708. La généralisation de la solution que connaît le droit de la concurrence ne devrait donc pas soulever de difficultés techniques particulières. On pourrait envisager éventuellement quelques adaptations mineures. D'une part exclure les personnes physiques du champ de l'entreprise dans ce cadre (1), d'autre part subordonner sa mise en œuvre à un défaut de paiement ou à l'insolvabilité de la structure débitrice (2). Il conviendra enfin d'évoquer la question de l'évolution de l'entreprise entre le moment de la naissance de la dette et le jour de son recouvrement (3).

1. L'exclusion des personnes physiques du champ de la solution

709. Le traitement indifférent des personnes physiques et morales par le droit de la concurrence – Bien que les règles du droit de la concurrence considérées ici trouvent le plus souvent pour champ d'application les groupes de sociétés et consistent pour l'essentiel à imputer à la société mère du groupe le comportement de ses filiales, les principes à l'œuvre ne semblent pas limités aux seules personnes morales. Les juges comme le législateur affirment en effet que l'acte anticoncurrentiel de la filiale devra être imputé indifféremment à « la personne physique ou morale responsable de l'exploitation de l'entreprise au moment où l'infraction a été commise »²⁰⁵⁷.

Il est clair que sur ce point, la solution du droit de la concurrence ne saurait être généralisée sans entrer en contradiction avec certaines des raisons d'être essentielles du mécanisme de SSPRL – sinon son principe même –, dont la finalité première consiste justement à offrir aux individus un moyen d'autonomiser leur activité entrepreneuriale des autres pans de leur activité juridique et en particulier de leur vie domestique.

710. La nécessité d'exclure les personnes physiques de la mesure d'extension proposée – Notre ambition consiste en effet simplement à refuser qu'une même entreprise puisse être scindée en une pluralité de structures sociales distinctes car un tel procédé

²⁰⁵⁷ Trib. UE 7 juin 2011, n° T-206/06, Total et Elf Aquitaine, pts 205 à 209, *RTD eur.* 2011. 834, obs. L. IDOT. Rapp. art. L 481-1 et L 481-2 du Code de commerce.

décuple de manière excessive et injustifiée la faculté de limitation du risque entrepreneurial.

Il n'est pas question en revanche de revenir sur le principe même de la limitation du risque entrepreneurial que ces outils que sont les SSPRL ont vocation à offrir aux individus. Aussi, l'individu qui exploite son entreprise par l'intermédiaire d'une SSPRL unipersonnelle ne saurait être tenu responsable des dettes de cette dernière. Et il en va de même de l'associé personne physique qui contrôle une société pluripersonnelle.

Il n'y a nulle raison de s'étonner d'une telle disparité de traitement entre personnes physiques et personnes morales. La personnalité morale et la limitation du risque entrepreneurial qu'elle véhicule sont des constructions juridiques qui ont par hypothèse pour fonction d'autonomiser une activité entrepreneuriale vis-à-vis des individus qui y œuvrent. Il convient donc de donner effet à ces constructions. Mais c'est non pas en contredire, mais en respecter l'esprit, que de refuser qu'une même entreprise puisse être subdivisée en un nombre infini de personnes morales distinctes au patrimoine étanche et de refuser le jeu d'un effet multiplicateur de la limitation des risques par la superposition d'une infinité de SSPRL au gré de la volonté discrétionnaire des utilisateurs de ces montages.

2. La mise en œuvre de la responsabilité des autres structures du groupe limitée à l'hypothèse de difficultés de paiement de la filiale débitrice

711. L'objectif de ne neutraliser les montages de ventilation de l'entreprise que dans la mesure nécessaire au respect des droits des créanciers – Puisque la finalité de la mesure proposée réside dans la neutralisation de l'excessive limitation de responsabilité qu'organisent ces sortes de montages au détriment des créanciers, on pourrait envisager d'en réserver la mise en œuvre à la seule hypothèse où la structure initialement débitrice serait dans l'incapacité de désintéresser ses créanciers. Tant que celle-ci est apte à payer ses dettes en effet, il n'y a *a priori* aucune raison – du moins du point de vue qui nous occupe – de remettre en cause la ventilation souhaitée par les utilisateurs de ces montages. En effet, une telle ventilation n'apparaît problématique à cet égard que dans l'hypothèse où

l'autonomie patrimoniale des structures du groupe conduit à faire échec aux droits des créanciers.

On pourrait donc envisager de réserver le jeu de cette sanction à la seule hypothèse où la filiale débitrice ne pourrait pas honorer seule ses propres dettes.

712. L'impact de la mesure sur le droit positif serait alors moins important et strictement indexé sur sa finalité. Elle serait dotée d'un caractère exceptionnel, jouant à la manière d'une garantie subsidiaire, de dernier recours, et ne viendrait perturber les constructions des groupes de sociétés que dans la seule mesure nécessaire à éviter que, entre les créanciers et les autres structures composant une même entreprise, ce soient les premiers plutôt que les seconds qui supportent l'échec d'une filiale.

À l'inverse, la reconnaissance d'un principe général de solidarité des sociétés composant l'entreprise qui jouerait sans limitation conduirait à diverses conséquences dont les enjeux dépassent la question qui nous occupe ici et qui ne semblent pas nécessaire pour l'obtention du résultat qui nous intéresse. Ainsi par exemple de la possibilité pour le créancier d'attirer directement la société mère ou une société sœur devant un tribunal distinct de celui qui aurait été compétent pour connaître d'un litige avec son débiteur, ou encore de la possibilité pour le créancier de se prévaloir de la compensation de ses droits avec une dette qu'il aurait vis-à-vis d'une autre société du groupe, etc.

Ces solutions sont tout à fait envisageables mais brassent des enjeux bien plus vastes que ceux qui nous occupent. Pour répondre à la problématique qui est la nôtre, on peut donc limiter cette possibilité d'action contre une structure garante à la seule hypothèse où le patrimoine de la structure débitrice serait insuffisant à désintéresser ses créanciers.

À suivre cette idée, l'organisation précise du régime gouvernant la mise en œuvre d'une telle garantie ne devrait pas soulever de trop grandes difficultés. La société garante pourrait être simplement traitée de la même manière qu'un associé d'une structure à risque illimité vis-à-vis des créanciers sociaux. On ne reviendrait pas pour autant sur la possibilité d'organiser une entreprise en un groupe de société tant que cette construction répond à des besoins légitimes.

Il serait peut-être opportun aussi d'instituer une sorte de hiérarchie de recours : la société gouvernant l'entreprise à laquelle appartient la filiale en débâcle devrait dans

un premier temps supporter les recours des créanciers de cette dernière, et subsidiairement, la voie pourrait être ouverte en cas d'insuffisance de la première aux autres sociétés du groupe qui composent l'entreprise unique (sociétés sœurs, etc.).

3. *L'évolution dans le temps de l'entreprise*

713. Des difficultés résolues par le droit de la concurrence – Il se peut qu'entre la naissance de la créance²⁰⁵⁸ et l'ouverture de la procédure collective de la filiale qui en est débitrice, certaines évolutions interviennent dans la situation de l'entreprise. Il se peut par exemple que la structure, initialement autonome, ait par la suite été intégrée à un groupe. Il se peut inversement que la structure ait été initialement une partie d'un groupe et s'en soit émancipée par la suite. Il se peut encore que la structure de tête ait changé d'identité, que l'exploitation de l'entreprise ait changé de main, ou que la filiale ait intégré un groupe distinct, etc.

Ces circonstances peuvent naturellement compliquer quelque peu l'application des principes proposés. Ces quelques difficultés n'ont toutefois rien de rédhibitoire. Le droit de la concurrence qu'il est question de généraliser ici y est depuis longtemps confronté et a établi les moyens de les dépasser. Il tranche la question en choisissant d'imputer par principe l'infraction à la société mère qui était en charge de l'entreprise au moment où les agissements reprochés se sont réalisés²⁰⁵⁹. Et c'est en principe et sauf exception²⁰⁶⁰, seulement dans l'hypothèse où cette personne morale n'existe plus que, subsidiairement, celle qui lui a succédé – juridiquement ou, à défaut,

²⁰⁵⁸ Sur cette notion et la méthodologie de détermination d'un tel « événement », v. P.-E. AUDIT, *La « naissance » des créances*, préf. D. MAZEAUD, Dalloz 2015.

²⁰⁵⁹ V. CJCE, 8 juill. 1999, *Anic*, aff. C-49/92 P ; CJCE 16 nov. 2000 SCA holding, aff. C-297/98 P, Rec., 2000, p. I-10101, pt 27 ; trib. UE, 3 mars 201, *Areva e.a c. Commission*, aff. T-117/07 et T-121/07 : « Conformément au principe de la responsabilité personnelle, selon lequel une personne ne peut être rendue responsable que de ses propres actes, il incombe, en principe, à la personne qui dirigeait l'entreprise au moment où celle-ci a participé à l'infraction de répondre de cette dernière, même, si, au jour de l'adoption de la décision constatant l'infraction, ladite entreprise se trouve placée sous la responsabilité ou la direction d'une autre personne ». V. L. IDOT, « La responsabilité ... », *art. cit.*, n°50 et s.

²⁰⁶⁰ Sur lesquelles, v. L. IDOT, *art. cit.*, n°53.

économiquement – dans l'exploitation de l'entreprise pourra voir sa responsabilité recherchée²⁰⁶¹.

Il est donc facile de transposer ces solutions en retenant que c'est en principe la structure qui se exploitait effectivement l'entreprise au moment du fait générateur de la dette rattachée à la filiale qui doit être appelée en garantie de cette dernière.

714. Prise en considération de la spécificité de la finalité initiale du mécanisme de droit de la concurrence – Si l'on est tenté de généraliser l'application du mécanisme du droit de la concurrence au delà de son champ initial, on pourrait à la marge envisager diverses adaptations afin de tenir compte de quelques divergences de finalité d'utilisation. En effet, s'inscrivant avant tout dans une démarche « répressive », le droit des pratiques anticoncurrentielles qui constitue le lit originel du mécanisme considéré est surtout animé par l'objectif de dissuader et de sanctionner l'adoption de certains comportements, tandis que sa généralisation ici est commandée par l'ambition de rééquilibrer le partage des risques d'entreprise entre créanciers et exploitants. Aussi l'impératif d'assurer le désintéressement effectif des créanciers prime ici sur celui de sanctionner un comportement fautif.

Dans cette perspective, on pourrait alors plus facilement envisager par exemple que l'ensemble des créanciers d'une filiale en faillite puisse obtenir paiement de leurs droits par la structure de tête du groupe au jour de l'ouverture de la procédure collective – quelle que soit la date de naissance de leurs droits –, à charge pour cette dernière de se retourner contre ses prédécesseurs pour les dettes antérieures à son emprise sur la filiale²⁰⁶².

715. Conclusion de paragraphe – L'admission d'un tel mécanisme de mutualisation des richesses de l'entreprise en vue du désintéressement de ses créanciers ne revient nullement à l'abandon du principe de limitation de responsabilité des SSPRL. Il consiste

²⁰⁶¹ V. not. L. IDOT, *art. cit.*, n°54 ; N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2018 ; O. ANCELIN-MENAIS, « L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles », *JCP E* 2008, 1428.

²⁰⁶² Toutefois, on pourrait admettre qu'elle puisse s'opposer à remplir ce rôle de garante dans l'hypothèse où la dette de la filiale serait née à une époque où cette dernière constituait à elle seule une entreprise autonome. À défaut, le créancier profiterait alors d'un certain effet d'aubaine : alors que ses droits portaient initialement sur la seule structure qui était son débiteur, son intégration ultérieure à un groupe devrait lui permettre d'agir contre l'ensemble des structures du groupe.

simplement à asseoir la limitation du risque qu'organisent les SSPRL sur la notion d'entreprise conformément à la raison d'être de ce mécanisme.

La limitation de responsabilité jouera toujours à plein pour les personnes physiques afin de permettre la mise à l'abri des richesses domestiques des entrepreneurs vis-à-vis des risques de l'entreprise. Il jouera encore à plein au bénéfice de tous ceux qui se bornent à apporter leurs capitaux au financement d'une entreprise tierce. L'actionnaire passif, le simple financier, même s'il s'agit d'une personne morale, ne sera pas tenu solidaire de la structure en débâcle s'il n'est pas considéré comme un démembrement de l'entreprise unique.

Un tel mécanisme devrait donc simplement permettre une mutualisation des richesses affectées à une entreprise donnée à la garantie des dettes que cette entreprise fait naître. Elle devrait permettre de faire correspondre le champ de la limitation des risques à la réalité de l'entreprise, plutôt que d'en abandonner le champ au découpage arbitraire et discrétionnaire des utilisateurs de ces outils.

§3. L'exigence de sincérité des apports

716. Rappel de la logique initiale du mécanisme – Ainsi que nous avons eu l'occasion de le voir, la logique sur laquelle reposait le mécanisme de SSPRL est aujourd'hui rompue à un autre égard encore. Le principe de limitation de la responsabilité des associés au montant de leurs apports repose sur le postulat d'une ventilation spontanée par les parties à un contrat de société entre, d'une part, leurs richesses utilisées pour leur activité entrepreneuriale objet d'apport et, d'autre part, leurs richesses domestiques – ou celles plus généralement affectées à d'autres pans de leur vie juridique – non apportées et partant réputées étrangères à l'exploitation de l'entreprise²⁰⁶³.

En choisissant l'apport pour mesure de la responsabilité des associés, le système juridique cherche ainsi à isoler les seules richesses que les associés utilisent pour leur entreprise, et à limiter ainsi la responsabilité qu'ils sont susceptibles d'encourir du fait de cette activité aux seules richesses représentées par les biens affectés à cette fin.

²⁰⁶³ V. *supra* n°588 et s.

L'architecture du mécanisme paraît donc reposer sur une corrélation juste et équilibrée entre l'affectation des utilités et l'affectation de la valeur des richesses des associés²⁰⁶⁴.

717. La rupture de la corrélation, rappel – On a vu néanmoins que rien dans le régime de droit positif contemporain ne permet de garantir la réalisation de cette corrélation, tandis qu'il est dans l'intérêt des associés de SSPRL – ainsi que de celui des créanciers puissants de l'activité – de ne pas utiliser le mécanisme d'apport pour placer leurs richesses au service de l'activité sociale, et de lui préférer pour cela un autre biais technique.

La libéralisation du montant du capital social dans la plupart des SSPRL – suivie de l'abandon récent de la jurisprudence sanctionnant les dirigeants de société sous-capitalisées²⁰⁶⁵ – a ainsi fait apparaître de manière particulièrement criante le phénomène de cette décorrélacion en permettant la création de structures à risque limité dotées d'apports purement symboliques, source d'une véritable irresponsabilité des associés²⁰⁶⁶. Pour remédier à ce facteur d'irresponsabilité, diverses voies peuvent être envisagées.

718. Il est parfois proposé de prendre pour mesure de la responsabilité des associés un autre référent que leur apport. Mais on peut préférer à l'adoption de ces solutions le maintien du système actuel, à condition que lui soit redonnée sa cohérence initiale qui se déduit des postulats sur lesquels il a été construit. Après avoir évoqué ces propositions alternatives et apprécié leur pertinence (A), il conviendra d'envisager quelques moyens de restaurer la cohérence du système sur lequel le droit positif était initialement construit et qui permet une responsabilisation satisfaisante des associés (B).

²⁰⁶⁴ Idem.

²⁰⁶⁵ Cass. com. 19 mars 1996, n° 94-12.004, *Rev. sociétés* 1996, p. 840, note T. BRUGUIER ; *Bull. Joly* 1996, p. 614, note A. COURET ; Cass. com., 23 nov. 1999, *RJDA*, 2000/4, p. 361, n° 457 ; CA Aix-en-Provence, 16 mai 2001 ; *RD bancaire et financier*, 2001, n° 192, obs. F.-X. LUCAS ; *RJDA*, 2002/4, p. 353, n° 416 ; *BRDA*, 2002/1, p. 9, n° 7. V. *supra* n° 588 et s.

²⁰⁶⁶ Idem.

A. La proposition récurrente de consacrer la rupture entre l'apport et le seuil de la responsabilité

719. Afin de répondre à la décrépitude du système contemporain, on peut parfois trouver formulée la proposition de briser la corrélation qui structure le régime de limitation de responsabilité des associés entre l'apport qu'ils réalisent et leur contribution aux pertes. Séduisantes en apparence, ces solutions apparaissent pour leur mise en œuvre confrontées aux mêmes difficultés que celles qui minent le système actuel et s'avèrent finalement assez décevantes. D'une part en effet, elles supposent de désigner un critère pertinent à substituer aux apports ; or malgré les incontestables dérives du système de droit positif actuel, l'indexation de la responsabilité des associés sur le montant de leurs apports semble, en son principe, une corrélation judicieuse (1). D'autre part, ces propositions sont le plus souvent guidées par l'objectif de remédier aux faiblesses de l'apport de l'associé en tant qu'instrument de garantie des créanciers, dont le postulat mérite d'être relativisé (2).

1. Les propositions tenant à la substitution d'autres critères à l'apport pour mesurer la responsabilité des associés

720. La proposition de création d'un capital d'engagement distinct du capital social – Certains auteurs qui constatent et déplorent la décorrélacion que nous visions proposent de rétablir une exigence minimale de responsabilité des associés en indexant celle-ci sur un autre objet que le montant des apports.

M^{me} Nurit-Pontier par exemple suggère ainsi de « prendre acte de l'incompatibilité des diverses fonctions assignées au capital social » (à savoir celle de financement de l'activité et celle de garantie des créanciers) et, partant, « de retenir, pour des fonctions distinctes, des instruments distincts »²⁰⁶⁷. Aussi l'auteur se déclare-t-elle, avec d'autres²⁰⁶⁸, favorable à l'érection au coté du capital social – lequel serait affecté au seul financement de la société –, d'un « capital d'engagement ». Ce dernier

²⁰⁶⁷ L. NURIT- PONTIER, « La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences », *art. cit.*, spéc. p. 1614.

²⁰⁶⁸ V. not. T. MASSART, « Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital de 1 euro », *Bulletin Joly Société*, 2002, p. 1361 et s., spéc. p. 1365 ; rapp. également, P. Le CANNU, « La loi pour l'initiative économique et le droit des sociétés » : *Rev. sociétés*, 2003, p. 409, spéc. n°11.

concept se distinguerait donc du capital social et aurait pour finalité exclusive la garantie des créanciers sociaux. Il renverrait à un certain montant que les associés pourraient être contraints de verser à cette fin sans toutefois être tenus de l'intégralité des dettes sociales.

Un tel système est certes envisageable ; à supposer qu'existe un montant minimal pour ce capital d'engagement, il serait préférable à l'état actuel du droit positif car, à tout le moins, il neutraliserait la possibilité d'une irresponsabilité totale auquel ce dernier conduit.

721. On peut toutefois se demander si la voie proposée d'une rupture de la corrélation matricielle du régime entre d'une part le financement de l'activité et d'autre part la responsabilité des associés est la plus adaptée à la réalisation de cet objectif.

Car si nous rejoignons l'opinion de Mme Nurit-Pontier tant sur le constat d'une dangereuse irresponsabilité des associés que sur celui de la nécessité de remédier à cet état du droit²⁰⁶⁹, le problème croyons nous, au rebours de cet auteur, ne réside pas tant dans la dualité de fonction qu'aurait à remplir cet instrument unique qu'est le capital social²⁰⁷⁰, que dans le fait que celui-ci ne joue simplement plus sa fonction première de financement de l'activité elle-même. Le problème ne réside donc pas dans le fait que le capital social ait vocation à remplir simultanément deux fonctions, mais dans le fait qu'il ne remplit plus, en fait, sa fonction principale de financement de l'activité, ce dont résulte son incapacité à remplir sa fonction accessoire de responsabilisation des associés, indexée sur la première. Et c'est donc ainsi la pratique du financement de l'activité par d'autres biais que le capital social qui fausse le jeu du mécanisme et se trouve à la source de l'irresponsabilité déplorée.

722. D'ailleurs, c'est bien le cas de figure des sociétés constituées d'un euro symbolique de capital qui conduit M^{me} Nurit-Pontier – tout comme M. Massart d'ailleurs, qui propose un système comparable²⁰⁷¹ – à s'alarmer de l'inefficacité du droit positif. Or il nous semble que le défaut systémique dont ces sociétés à un euro de capital sont le

²⁰⁶⁹ V. L. NURIT PONTIER, *art. cit.*

²⁰⁷⁰ Pour Mme Nurit Pontier en effet, il conviendrait en substance de prendre acte de « l'incompatibilité des diverses fonctions assignées au capital social et de retenir, pour des fonctions distinctes, des instruments distincts » (*art. cit.*, spéc. p. 1614).

²⁰⁷¹ T. MASSART, *ibid.*

révélateur n'est pas tant la dualité de fonctions du capital social que, de manière plus évidente en tout cas, le fait que le financement de l'activité des SSPRL n'emprunte plus la voie du capital social²⁰⁷² au rebours du postulat sur la base duquel le régime fut construit²⁰⁷³.

Si le capital jouait ce rôle, il n'y aurait nulle raison de déplorer l'irresponsabilité des associés et le peu de garantie offerte aux créanciers.

723. La difficulté de déterminer le montant pertinent du capital d'engagement – D'ailleurs, *in fine*, le système du capital d'engagement suppose bien d'une manière ou d'une autre de trouver un critère sur la base duquel s'établirait la mesure de la responsabilité des associés.

Il pourrait s'agir d'une somme forfaitaire nominale établie par le législateur ainsi que semble le suggérer M. Massart²⁰⁷⁴, ou d'une somme déterminée par les associés eux-mêmes comme le propose Mme Nurit Pontier²⁰⁷⁵ ; et l'on pourrait peut-être envisager d'autres critères sur lesquels indexer la responsabilité des associés.

Mais la proposition de laisser aux associés la liberté de déterminer eux-mêmes le montant de leur engagement vis-à-vis des tiers peine à emporter l'adhésion et ce précisément pour les raisons qui conduisent M^{me} Nurit Pontier – qui la formule – à déplorer justement la suppression du capital social minimal : la liberté laissée aux associés de déterminer de manière purement discrétionnaire la mesure de leur responsabilité vis-à-vis des tiers n'est pas acceptable, tant en son principe que pour ses conséquences puisqu'elle risque de conduire à la fixation d'un montant excessivement bas, sinon purement symbolique, c'est-à-dire à leur irresponsabilité²⁰⁷⁶.

²⁰⁷² V. *supra* n° 596 et s.

²⁰⁷³ V. *supra* n° 588 et s.

²⁰⁷⁴ « Une grande réforme à petit budget... », *art. cit.* : « Les créanciers sociaux ont besoin d'une garantie au moment où la société n'est plus en mesure de payer ce qu'elle doit, c'est-à-dire lorsqu'elle est en situation de redressement ou de liquidation judiciaire. Il serait envisageable d'instaurer une obligation légale à la charge des associés de combler l'éventuelle insuffisance d'actif mais dans une limite plafonnée. Les associés pourraient alors créer une société avec un capital social dérisoire, voir 1 €12. En cas d'échec, ils seraient appelés à renflouer les caisses sociales pour un montant connu (7500 € par exemple). ».

²⁰⁷⁵ « La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences », *art. cit.*

²⁰⁷⁶ L. NURIT PONTIER, *art. cit.*, spéc. p. 1613 « la liberté laissée aux associés de déterminer le capital social minimum de la SARL s'accompagne de la liberté de ces mêmes associés de fixer la portée de leur engagement vis-à-vis des tiers. Désormais autorisés à retenir le capital social de leur choix, ces derniers peuvent, en retenant un capital extrêmement faible, limiter au maximum leur engagement vis-à-vis des créanciers de la société.

Quant au critère proposé par M. Massart d'un montant nominal établi par le législateur, on est tenté de lui adresser le même reproche que celui formulé à l'endroit de l'exigence d'un montant de capital social minimal et qui a trait au caractère arbitraire et partant trop souvent inadapté d'un montant nominal fixe, établi une fois pour toute, sans égard aux spécificités de la situation économique particulière en présence²⁰⁷⁷. Il est incontestablement délicat de parvenir à arrêter un montant qui s'avérerait satisfaisant en pratique pour toutes les sociétés constituées sous une même forme sociale, et cette assertion est aussi vraie pour le capital social qu'elle l'est pour un éventuel capital d'engagement²⁰⁷⁸.

724. Reste naturellement la possibilité de trouver un critère variable reflétant les caractères de l'entreprise dont faire dépendre le montant du capital d'engagement et qui permettrait de corréliser un tant soit peu le montant affecté à la garantie des créanciers aux spécificités de l'entreprise en jeu. Mais n'est-ce pas précisément l'esprit qui anime, bien qu'on l'ait largement perdu de vue, le système d'indexation de la responsabilité des associés au montant de leurs apports ? Ce système ne cherche-t-il pas justement, par une corrélation qui paraît tout à fait pertinente en son principe, à déterminer un montant adéquat de pertes qu'il est légitime de faire supporter aux associés en fonction précisément de l'ampleur de l'entreprise en jeu et de la situation économique sous-jacente²⁰⁷⁹ ? La dualité des fonctions du capital social, déplorée parfois, constitue justement au contraire l'un des atouts oubliés du système actuel de limitation de responsabilité en ce qu'il est censé permettre une juste proportionnalité du niveau d'engagement de la collectivité d'associé à l'entreprise sous-jacente dont les apports devraient être le reflet. Le système ainsi, judicieux en son principe, pêche seulement par son défaut d'effectivité dès lors qu'il se trouve contourné par un financement alternatif de l'entreprise.

Le risque est alors, en confiant aux associés le soin d'arrêter le montant du capital de la société, de les voir retenir effectivement un montant systématiquement faible, voire très faible ».

²⁰⁷⁷ L'argument était par exemple évoqué par le gouvernement pour justifier la suppression de l'exigence de montant minimal de capital social pour les SARL, v. par ex. à l'occasion de l'exposé des motifs de la loi Dutreil, Rép. min. PME n° 15641 à P. Lang, *Bull. Joly Sociétés*, 2003, p. 962, § 203, cité par G. SERRA, *art. cit.*, note 22.

²⁰⁷⁸ Rapp. *infra* n°728.

²⁰⁷⁹ V. *supra* n°588 et s.

2. Le caractère prétendu illusoire de la garantie offerte par le capital social

725. Présentation de l'opinion – Un autre argument est régulièrement avancé pour prôner l'abandon du système actuel de responsabilité à hauteur des apports. Il tient au fait que les apports et le capital social ne constitueraient qu'une garantie illusoire pour les créanciers²⁰⁸⁰ – au rebours par exemple du capital d'engagement qui constituerait quant à lui une sorte de cagnotte vouée au désintéressement des créanciers en cas d'insolvabilité de la structure.

Le capital social en effet, contrairement à une certaine croyance populaire dit-on, n'est pas mis à l'abri dans un coffre fort dans l'attente de désintéresser les créanciers²⁰⁸¹. Aussi est-il bien souvent dépensé dès les premières mois d'activités et partant ne remplirait aucunement sa fonction, au delà, de garantie des créanciers²⁰⁸².

Cette opinion courante, souvent utilisée au soutien de procédés alternatifs de responsabilisation des associés, peine à convaincre.

726. Le capital est constitué de richesses des associés vouées à désintéresser les créanciers – D'abord, si le capital social a été « dépensé » en début d'activité c'est bien logiquement qu'il a rempli sa fonction de désintéressement des créanciers : ceux entre les mains de qui le montant du capital social s'en est allé se seraient logiquement trouvé être des créanciers impayés en l'absence de capital social. Mathématiquement, toute chose

²⁰⁸⁰ V. not. T. BONNEAU, « La diversification des valeurs mobilières ; ses implications en droit des sociétés », *RTD com.*, 1988, p. 584 et s. ; D. CARAMALLI et E. CAFRITZ, « Le mythe du capital social. Le bien fondé d'une réforme », *Banque et droit*, n°94, mars-avril 2004, p. 3 ; G. PARLÉANI, « Le financement du capital, Réflexions sur l'utilité de la notion et son devenir », *Rev. Sociétés* 2005, p. 19 qui notamment résume l'opinion courante par cette formule : « au fond, (...) le capital ne sert à rien mais il n'est pas gênant » ; v. F. GORE, « La notion de capital social », *Études Rodières*, *op. cit.*, p. 85 et s. Plus généralement sur cette question, v. A. PIETRANCOSTA, « Capital zéro ou zéro capital », in A. COURET, H. LE NABASQUE (dir.) *Quel avenir pour le capital social ?*, *op. cit.*, p. 127 et s. V. aussi Y. REINHARD, « L'actif net des sociétés », *Études R. Roblot*, *op. cit.* p. 297 et s. ; T. MASSART, « La société sans apport », *Mélanges P. Didier*, *op. cit.*, spéc., p. 302 et s. ; « Le capital social, grandeur ou décadence ? » Colloque Université Paris II, 1977, *Vie jud* 20 févr. 1977 ; R. OUACHEM, *Essai sur le capital social comme instrument de garantie des créanciers*, th. Bordeaux IV, 2003, Y. DECROIX, *Du capital social à la situation nette*, th. Rouen, 2004. V. aussi P. LE CANNU, « Les rides du capital social », in A. COURET, H. LE NABASQUE (dir.) *Quel avenir pour le capital social ?*, *op. cit.*, p. 3 et s.

²⁰⁸¹ T. MASSART, « Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital de 1 euro », *art. cit.*

²⁰⁸² V. not. M. STORCK, *J. Class. Sociétés traitée*, fasc. 72-10, *précité*, spéc. n°40 ; v. aussi l'exposé des motifs du Projet de loi pour l'initiative économique, n° 507 rectifié, déposé le 18 décembre 2002 ayant donné lieu à la loi du 1^{er} août 2003, « Si l'exigence 'un capital social minimal avait initialement pour but de protéger les créanciers en apportant une garantie face aux engagements, celle-ci est, dans les faits, illusoire puisque le capital social est le plus souvent dépensé dans les premières semaines d'activité » ; rapp. T. MASSART, « Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital de un

égale par ailleurs, une société dotée d'un capital social laissera nécessairement moins de dettes impayées que celle qui en est dépourvue puisqu'à tout le moins la richesse que celui-ci représente aura servi à désintéresser certains créanciers et qu'ainsi une partie des dettes de la société aura été supportée par ce biais par les associés ! Aussi, que le capital soit dépensé en début d'activité en salaires, achat de matériel, investissements, etc. vaut toujours mieux – du point de vue de l'exigence de responsabilité des associés et de garantie des créanciers – que si ces mêmes dépenses avaient été réalisées par le biais de crédits : au moins en cas d'échec de l'entreprise, une partie des dettes aura été effectivement supportée par les associés plutôt que par les créanciers qui auront accordé le crédit.

De ce point de vue, à montant égal, la technique du capital d'engagement ne change donc rien par rapport à l'actuel capital social, sinon qu'elle réalise un report du moment de versement effectif des richesses des associés et influe éventuellement sur l'identité des créanciers qu'elle sert à désintéresser : tandis que les richesses allouées par les associés à leur société seraient, par le biais du capital social, immédiatement disponibles pour payer les premiers créanciers, les richesses composant le capital d'engagement seraient, quant à elles, mises de côté pour n'être libérées qu'au jour où l'insolvabilité de la société emportera son terme. La responsabilité des associés est donc identique dans les deux hypothèses et la collectivité des créanciers s'y trouve identiquement protégée.

727. Le capital social constitue une précieuse ligne d'horizon – Ensuite, si les richesses apportées constituant le capital social initial sont en effet souvent dépensées en début d'activité et qu'elles n'ont certes pas vocation à être « enfermées dans un coffre-fort »²⁰⁸³, la loi veille dans une certaine mesure à ce que d'autres richesses viennent les remplacer. Aussi le capital social remplit-il une fonction de « ligne d'horizon » qui n'est pas dépourvue de toute utilité. Ainsi que l'écrit par exemple M. Serra, « le principe de fixité impose de chiffrer le capital social et de l'inscrire au passif du bilan, ce qui bloque à l'actif des valeurs d'un montant correspondant (et non des biens individualisés). De la sorte, le capital constitue le gage des créanciers sociaux puisqu'il est censé leur assurer que sa

euro », *art. cit.* ; A. PIETRANCOSTA, « Capital zéro ou zéro capital », in A. COURET, H. LE NABASQUE (dir.) *Quel avenir pour le capital social ?*, *op. cit.*, p. 127 et s.

²⁰⁸³ T. MASSART, « Une grande réforme à petit budget », *art. cit.*

substance ne sera pas dissipée »²⁰⁸⁴. Ainsi, dans une certaine mesure, le capital ne saurait être dilapidé et il conserve une certaine vocation à assurer la solvabilité de la structure grâce à la règle voulant que toute SSPRL doive conserver un montant de capitaux propres supérieur à la moitié de son capital social²⁰⁸⁵. Certes, on peut reprocher au mécanisme de sanction de cette obligation de pêcher par les lenteurs de sa mise en application²⁰⁸⁶, mais il ne s'agit là cependant que d'une imperfection à laquelle il serait facile de remédier²⁰⁸⁷. De même, parce que l'existence de bénéfices distribuables se détermine par référence au montant du capital social, les associés ne peuvent reprendre par ce biais que ce qui excède leurs apports²⁰⁸⁸.

Autrement dit, ainsi que le résume M^{me} Dana-Démaret, « un capital normalement élevé viendra d'une part empêcher les prélèvements excessifs des associés dans l'actif social grâce au principe d'intangibilité, et d'autre part permettre de déceler l'amorce d'une baisse excessive de l'actif par la mesure des pertes financières supportables »²⁰⁸⁹. Dès lors, s'il est vrai que le capital social ne constitue pas une garantie absolue de solvabilité de la société, il ne mérite vraisemblablement pas le jugement sévère qui lui est souvent réservé²⁰⁹⁰ car il assure toujours une protection minimale des créanciers ; à tout le moins, son montant correspond en principe à des richesses qui furent à un moment ou un autre apportées au patrimoine social et qui partant servent ou ont servi à assurer le désintéressement des créanciers sociaux par l'appauvrissement des associés. En cela il réalise la responsabilisation des associés, leur participation aux pertes sociales et œuvre au désintéressement des créanciers

²⁰⁸⁴ G. SERRA, « « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil ... » *art. cit.*

²⁰⁸⁵ Pour la SARL, v. C. com., art. L. 223-42 ; la société anonyme, v. C. com., art. L. 225-248 ; la SAS, v. C. com., art. L. 225-248 (sur renvoi de C. com., art. L. 227-1, al. 2) ; la commandite par actions, C. com., art. L. 225-248 (sur renvoi de C. com., art. L. 226-1, al. 2). Pour une relativisation de l'impact de cette règle en l'état du droit positif, rappr. T. MASSART, « Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital de 1 euro », *art. cit.*, spéc. p. 1363 et s.

²⁰⁸⁶ Rappr. P. LE CANNU, « Les rides du capital social » in H. LE NABASQUE et A. COURET, (dir.), *Quel avenir pour le capital social?*, Dalloz, 2004, p. 3 et s., spéc. p. 6.

²⁰⁸⁷ V. T. MASSART, « Une grande réforme à petit budget ... » *art. cit.* qui propose notamment que la procédure puisse être déclenchée « à partir d'un simple bilan prévisionnel non encore approuvé en assemblée » ; v. aussi *Joly Sociétés Traité*, « Réduction de capital », par S. NOEMIE (1999), n° 19.

²⁰⁸⁸ V. not. G. SERRA, *art. cit.* : « Son intangibilité empêche les associés de reprendre leurs apports en cours de vie sociale et la société de le distribuer sous forme de dividendes ». Rappr. également F. GORÉ, « La notion de capital social », *art. cit.*, p. 85 et s., spéc. p. 91.

²⁰⁸⁹ S. DANA-DEMARET, *Le capital social*, Litec 1989, préf. Y. REINHARD, n°298 p. 338.

²⁰⁹⁰ Rappr. H. LE NABASQUE, « La fin de la connexion apports/capital » in A. COURET et H. LE NABASQUE (dir.), *Quel avenir pour le capital social?*, *op. cit.*, p. 103 et s. V. également S. SCHILLER, *op. cit.* p. 171, n°347 « cependant malgré ces faiblesses, le capital social reste un des éléments les plus fiables du patrimoine de la société constituant la garantie des créanciers. Dans un souci de respect de la connexion entre l'activité et la garantie, il paraît donc nécessaire de le favoriser pour assurer la protection de cette garantie ».

sociaux. Aussi ne saurait-on admettre l'opinion qui estime que le capital social constituerait une garantie essentiellement illusoire et, qu'en conséquence, une société sans capital social vaut bien une société capitalisée²⁰⁹¹.

B. La réconciliation du mécanisme de droit positif avec sa logique fondatrice

728. La nécessité d'évaluer séparément la pertinence de principe de l'outil qu'est le capital social et l'exigence d'un montant nominal minimal de capital social – On pourrait croire que nous tâchons ici de prendre part à la controverse relative à la pertinence de l'exigence de capital social minimal. Tel n'est nullement notre ambition. D'abord parce qu'elle serait certainement vaine, le débat semblant aujourd'hui définitivement tranché²⁰⁹² ; ensuite et surtout parce qu'il faut bien reconnaître qu'un tel système pêche par l'arbitraire qui caractérise la détermination du seuil minimal de capital social applicable uniformément à l'ensemble des sociétés constituées sous une même forme sociale.

Ce montant minimal ne pouvant pas être fixé trop haut sous peine de pénaliser les entreprises qui ne nécessitent que peu de moyens²⁰⁹³, il risque de fait d'être établi à un niveau insuffisant pour remplir sa fonction²⁰⁹⁴.

Pour autant, cette imperfection ne tient qu'à l'arbitraire et au défaut de pertinence d'un montant nominal de capital social minimal et ne saurait condamner en son principe le mode de responsabilisation des associés par l'intermédiaire de leurs apports et du capital social.

²⁰⁹¹ Rappr. G. PARLEANI, « Le financement du capital, étude sur l'utilité de la notion et son devenir », *art. cit.*

²⁰⁹² La France s'illustrant ainsi en rejoignant le groupe très restreint des quelques États à ne pas exiger de montant de capital social minimal pour toute SSPRL.V.M. STORCK, *Juris-class. Société traité*, fasc. 72-10, *précité*, spéc. n°42.

²⁰⁹³ Rappr. A. PIETRANCOSTA, « Capital zéro ou zéro capital », *art. cit.*, spéc. p. 132 et s., citant notamment le Rapport Ass. Nat. n°572, t. 1, par H. NOVELLI et C. VAUTRIN : « il n'y a aucune logique à ce que la loi détermine arbitrairement quel est le bon niveau de capital pour lancer une activité économique : c'est à chaque entrepreneur de le faire en fonction de son plan d'affaires ».

²⁰⁹⁴ Ainsi par exemple, avant qu'elle ne soit finalement supprimée, l'exigence de capital social minimum pour les SARL établie par la loi de 1984 était fréquemment estimée fixée à un montant trop bas pour remplir sa fonction (v. M. STORCK, *J. Class. Sociétés traité*, fasc. 72-10, *précité* n°37 ; Ph. MERLE, *Sociétés commerciales*, coll. Précis, Dalloz, 6e éd., 1998, n° 178).

729. Les vertus d'une approche fonctionnelle de l'apport – Il suffit, pour dépasser cette objection, d'en revenir à une approche fonctionnelle de l'apport dans le respect de l'esprit qui anime le mécanisme de SSPRL.

En effet si, conformément à la logique du régime²⁰⁹⁵, les associés utilisaient effectivement l'opération d'apport conformément à sa fonction première en tant qu'outil de financement de la société, c'est-à-dire pour affecter à leur entreprise les utilités des biens dont ils sont riches afin de « permettre à la société de réaliser les opérations qu'elle se propose d'accomplir »²⁰⁹⁶, le mécanisme de SSPRL pourrait fonctionner harmonieusement. Il ferait alors dépendre avec pertinence le seuil de la responsabilité des associés d'un indice qui, d'une part, se trouve en principe grossièrement corrélé à l'importance de la structure et aux risques qu'elle engendre²⁰⁹⁷ et qui, d'autre part, permet une juste ventilation des richesses des associés en fonction de l'affectation de leurs utilités²⁰⁹⁸.

730. L'exigence de sincérité des apports – Autrement dit, si l'apport remplissait encore sa fonction de financement de l'activité sociale, il resterait un critère pertinent d'indexation de la responsabilité des associés, et l'on peut partant envisager de rééquilibrer simplement le mécanisme de droit positif en faisant en sorte que l'apport continue à jouer sa fonction première.

Par une exigence de sincérité des apports en tant qu'instruments de financement de l'activité sociale, le système de droit positif pourrait simplement « retomber sur ses pieds », se réconcilier avec la logique structurelle qui l'anime.

Aussi, diverses pistes pourraient être envisagées afin de neutraliser la pratique consistant à contourner le mécanisme de l'apport pour doter l'activité des moyens nécessaires à son fonctionnement.

731. Un contrôle *a priori* – D'abord, ainsi que cela a pu être évoqué, il pourrait être envisageable d'étendre le champ du contrôle du greffe en charge de vérifier le respect des dispositions légales et réglementaires lors de la constitution d'une structure ou d'une

²⁰⁹⁵ Rappr. *supra* n° 590 et s.

²⁰⁹⁶ H. BLAISE, *op. cit.*, n°6

²⁰⁹⁷ Bien que l'on puisse facilement trouver des exceptions et que la corrélation soit assez grossière, on peut généralement constater une certaine corrélation entre les besoins de financement de l'entreprise et l'importance des dettes qu'elle souscrit.

²⁰⁹⁸ V. *supra* n° 590 et s.

modification statutaire, ou de déléguer à une autre autorité un tel contrôle élargi si l'on estime – sans doute à raison – qu'un tel contrôle dépasse ses attributions²⁰⁹⁹.

En effet, tandis que le greffe en charge d'un contrôle des éléments constitutifs de la société ne procède aujourd'hui qu'à un contrôle purement formel²¹⁰⁰, on pourrait envisager que lui-même, ou plus vraisemblablement une autre autorité à sa place, puisse être investi d'un pouvoir de rechercher si les apports dont les associés prétendent doter leur structure satisfont à l'exigence de sincérité.

Un tel contrôle devrait conduire à refuser par exemple la constitution de SSPRL constituées d'apports dérisoires ou symboliques en tenant ces derniers pour fictifs²¹⁰¹ et, plus largement, celles où il apparaît que les associés usent de biais détournés pour affecter à leur société les utilités de leurs biens sans utiliser la voie de l'apport.

Nous avons déjà suggéré qu'un contrôle *a priori* soit institué afin de limiter effectivement l'accès aux SSPRL aux seules entreprises véritables et qu'un tel contrôle puisse être réalisé en s'appuyant sur les documents que seraient tenus de produire ceux qui prétendent au bénéfice d'une telle structure et qui permettraient de justifier de la réalité de l'activité économique envisagée²¹⁰². Or, sur la base de ces documents, auxquels on pourrait obliger de joindre un plan de financement de l'activité, à l'instar par exemple de ce qu'exige la réglementation belge²¹⁰³, l'autorité en charge du contrôle *a priori* pourrait sans doute être capable de porter un premier jugement sur la sincérité des apports envisagés.

Si l'on estime qu'un tel pouvoir de contrôle dépasse de trop ce qui peut relever des missions du greffe, on songera à déléguer à une juridiction gracieuse cette mission, ainsi que cela fut envisagé en 1965²¹⁰⁴ ou encore à confier cette tâche un organisme spécialement créé à cette fin, ainsi que le proposait M. Monéger²¹⁰⁵.

²⁰⁹⁹ V. *infra*.

²¹⁰⁰ Le greffe est en effet chargé de vérifier « que la constitution ou les modifications statutaires des sociétés commerciales sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent » (art. R. 123-95 du Code de commerce).

²¹⁰¹ Rapp. S. DANA-DEMARET, *op. cit.*, n°89, p. 100 (et les réf. citées) : « L'apport, se concrétisant par l'idée de plus-value économique au bénéfice de la société, "doit être sérieux et constituer pour la société un avantage réel" ; il est donc logique de considérer qu'il "présente un caractère fictif dès lors que la société ne peut [en] retirer aucun avantage direct ou indirect" ». Tel doit être croyons-nous le cas d'un apport symbolique. Rapp. H. BLAISE, *op. cit.* n°18.

²¹⁰² V. *supra* n°541 et s. et n° 703.

²¹⁰³ Art. 440 du Code des sociétés belge, v. note *infra*.

²¹⁰⁴ V. *supra* n°363 ; M. MONEGER, *Le contrôle de la constitution de la société facteur de sa viabilité initiale*, th. Paris I, 1976, n°14 et s.

²¹⁰⁵ V. M. MONEGER, *th. cit.*, spéc. n°457 et s., p. 559 et s. et rapp. *infra* n°775 et s.

732. L'adjonction d'un contrôle *a posteriori* – Bien sûr le contrôle *a priori* connaît intrinsèquement quelques lacunes puisqu'il n'a par hypothèse pour objet que des intentions ; le contrôle opéré à ce stade risque donc de s'avérer quelque peu superficiel. À tout le moins, il devrait permettre de faire obstacle à la constitution de structures constituées d'apports purement symboliques ou manifestement dérisoires. Un contrôle *a posteriori* par le juge pourrait le compléter en sanctionnant de la même manière, par la privation du bénéfice de responsabilité limitée, les structures ne respectant pas l'exigence de sincérité des apports.

Dans une perspective proche, bien que sanctionnant davantage l'insuffisance des apports que leur défaut de sincérité, on relèvera que le droit belge impose aux fondateurs d'une SPRL²¹⁰⁶ de fournir un plan de financement sur plusieurs années au moment de la constitution de la société, « dans lequel ils justifient le montant du capital social de la société à constituer »²¹⁰⁷. Sur la base de ce document notamment, tenu secret mais conservé par un notaire, le juge est susceptible de déclarer les fondateurs « tenus solidairement malgré toute stipulation contraire (...) des engagements de la société dans une proportion fixée par le juge, en cas de faillite, prononcée dans les trois ans de la constitution, si le capital social était, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins »²¹⁰⁸.

733. D'autres pistes pourraient encore être explorées pour parvenir à réindexer la responsabilité des associés sur le financement réel de leur société. Par exemple, la possibilité pour le juge de traiter comme un apport de fait les biens que les associés mettent à disposition de leur activité sans pour autant formaliser cette affectation en recourant à la technique de l'apport, ce qui aurait pour conséquence d'intégrer au patrimoine social, et donc au champ des poursuites des créanciers, ces richesses. Encore de prohiber, par

²¹⁰⁶ Équivalent de nos SARL.

²¹⁰⁷ V. art. 440 du Code des sociétés belge, « Préalablement à la constitution de la société, les fondateurs remettent au notaire instrumentant un plan financier dans lequel ils justifient le montant du capital social de la société à constituer. Ce document n'est pas publié en même temps que l'acte, mais est conservé par le notaire. »

²¹⁰⁸ Code des sociétés belge, art. 456. V. not. T. MASSART, « La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus », *art. cit.* ; G. SERRA, « Les fondements juridiques du capital social... », *art. cit.* Rapp. également P. et Ph. DIDIER, *op. cit.*, p. 157, qui rapportent qu'« en droit américain une capitalisation inadéquate peut être retenue comme un cas de “*piercing of the veil*” », autrement dit comme une circonstance de levée de la limitation de la responsabilité des dirigeants ou des actionnaires majoritaires ».

symétrie à l'affectation exclusive des biens de la société à son activité que garantit dans une certaine mesure le délit d'abus de biens sociaux, la mise à disposition par les associés à leur société des utilités des biens dont on ils sont riches sans employer pour cela le canal de l'apport²¹⁰⁹.

Plus simplement, il pourrait être envisagé encore, à l'instar du droit néerlandais, de plafonner le ratio d'endettement des SSPRL, ce qui devrait avoir pour effet de contraindre les associés à financer leur structure par le capital social et les réserve, au moins dans une certaine mesure²¹¹⁰.

L'essentiel en tout cas, serait de réorienter le flux du financement de l'activité vers le mécanisme de l'apport afin que celui-ci ne soit plus l'instrument fossile, le mécanisme fantôme de responsabilisation des associés qu'il tend à devenir.

734. Conclusion de sous-section – Au fil de cette étude, la déconnection des instruments juridiques que sont les SSPRL – ainsi que des mécanismes juridiques sur lesquels ils reposent – par rapport à l'entreprise est apparue comme une constante expliquant le caractère très insatisfaisant du régime et nombre de ses dérives. Les diverses mesures proposées procèdent toutes d'une manière ou d'une autre d'une démarche qui tend à une réindexation du mécanisme de SSPRL et des concepts juridiques qu'il mobilise sur l'entreprise économique sous-jacente. Cette voie devrait certainement permettre d'éviter certains des phénomènes d'irresponsabilité que connaît notre droit positif et qui apparaissent bien difficile à admettre.

Il convient désormais d'envisager quelques mesures qui, sans reposer directement sur une mise en correspondance de l'instrument juridique qu'est la SSPRL sur l'entreprise sous-jacente, tendent plus simplement à gommer quelques effets pervers du régime contemporain.

Sous-section 2 - Autres mesures envisageables de rééquilibrage du mécanisme

²¹⁰⁹ V. *supra* n° 623.

735. D'autres propositions qui tirent les conséquences des constats précédemment dressés pourraient être encore brièvement envisagées. Tout d'abord, on pourrait songer à prendre acte de la neutralisation de la limitation de responsabilité de l'entrepreneur en pratique, ce qui conduirait à prôner une consécration franche de cet état du droit par le retour à la commandite (§1). Ensuite, en partant du constat que le mécanisme de SSPRL constitue un instrument qui conduit à reporter sur la collectivité un risque que le législateur estime opportun, pour des raisons de politique économique, de ne pas faire supporter à ceux qui œuvrent à l'entrepreneuriat, il pourrait simplement être envisagé soit de confier la possibilité à la collectivité de choisir les entreprises dont elle accepte de supporter les risques, soit d'organiser un système assurantiel qui conduise à une prise en charge mutualisée des risques engendrés par ces instruments juridiques par ceux qui en profitent (§2).

§1. Le retour à la commandite

736. Constat et présentation – À la limitation de la responsabilité portée par les SSPRL s'oppose un mouvement de réaction inverse. Tant par le biais des sûretés conventionnelles que par la voie du régime de responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif, il apparaît que, de fait, le ou les véritables gestionnaires de la société restent toujours tenus dans une large part aux dettes sociales.

Le droit contemporain tend ainsi par des biais détournés à revenir au schéma primitif de la limitation des risques tel qu'il se réalisait dans la société en commandite qui en constituait le berceau initial où des investisseurs limités en risque côtoyaient des entrepreneurs qui supportaient quant à eux l'entièreté des dettes de l'entreprise sur leur patrimoine personnel. Et l'on constate ainsi que l'ambition du législateur d'élargir le champ du bénéfice de la limitation de responsabilité aux simples entrepreneurs afin de favoriser l'initiative entrepreneuriale tend à être maintenue en échec.

²¹¹⁰ T. MASSART, « La société sans apport », in *Mél. P. Didier, op. cit.*, spéc. p 306 ; aussi *Dossiers*

737. On pourrait envisager de prendre acte de cet état du droit et de la force de réaction spontanée dont il procède pour consacrer avec netteté la responsabilité personnelle des associés entrepreneurs pour les dettes de la structure afin d'éviter les effets pervers de sa réalisation par des voies détournée et désordonnée que connaît le droit contemporain. Après avoir donc présenté la manière dont se réalise en pratique le phénomène de responsabilisation des chefs d'entreprise (A) on proposera simplement une consécration nette de cet état du droit par le retour à la commandite, en envisageant quelques aménagements possibles de son régime (B).

A. La responsabilité des chefs d'entreprise pour les dettes sociales

738. Le croisement de la pratique des sûretés conventionnelles que les associés entrepreneurs et dirigeants seront le plus souvent contraints de consentir avec la réglementation tenant à la recherche, lors de la liquidation de la société, de la responsabilité du dirigeant pour l'insuffisance de l'actif social permet de dessiner un mouvement assez net de responsabilisation des « chefs d'entreprise » en SSPRL. Il en résulte que la limitation du risque offert par les SSPRL tend à ne plus concerner *in fine* que les seuls associés bailleurs de fonds.

739. Remarque préliminaire quant à la signification des notions utilisées – Il pourrait nous être reproché ici l'usage d'une notion quelque peu évanescence et controversée lorsqu'il est fait référence aux entrepreneurs, sorte d'associés qui s'entend généralement par opposition aux bailleurs de fonds²¹¹¹. Si toutefois il est fréquent de contester le caractère juridiquement opératoire d'une telle distinction²¹¹², et que même ses partisans ne s'accordent pas toujours quant aux effets qu'il conviendrait de lui faire produire, il est rare que soit niée la réalité socio-économique à laquelle une telle opposition

internationaux, éd Fr Lefebvre, Pays-Bas, n°1833, p 210.

²¹¹¹ V. *supra* n° 303 et s.

²¹¹² V. par exemple A. DALION et A. TADROS, « La catégorisation des actionnaires, un pas de plus ou un pas de trop ? Libre propos sur les perspectives d'évolution du droit des sociétés », *Bull. Joly bourse*, 2009, p. 406 et s.

renvoie²¹¹³. Ainsi, que certains porteurs de parts se comportent à la manière de simples apporteurs de capitaux se désintéressant de la manière dont les affaires sociales sont gérées, tandis que d'autres, véritables gestionnaires, portent véritablement le projet entrepreneurial et considèrent la société comme « leur chose »²¹¹⁴ semble un constat difficilement contestable dès lors du moins que l'on ne prétend pas ériger la distinction en *summa divisio* juridiquement opératoire. Ainsi que le remarque M. Casimir, « la distinction entre associés véritables et bailleurs de fonds fait désormais figure de véritable balise du droit des sociétés » et rares sont « les ouvrages de référence à ne pas [lui] consacrer quelques lignes »²¹¹⁵. Or puisque nous prétendons user de cette distinction ici dans une perspective simplement descriptive sans prétendre lui faire produire – telle quelle – aucun effet juridique, il semble possible d'échapper aux controverses qu'elle suscite.

740. Il convient donc d'observer que l'ambition du législateur d'élargir le champ de la limitation de responsabilité aux associés « entrepreneurs » a été grandement mise en échec d'une part par une réaction spontanée de la pratique qui, par l'usage de la liberté contractuelle et des sûretés conventionnelles, est parvenue à maintenir la responsabilité des entrepreneurs pour les dettes sociales (1), d'autre part par l'ordre juridique lui-même qui, par l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (antérieurement comblement de passif), rééquilibre le mécanisme de limitation des risques institué par les SSPRL en maintenant la responsabilité du chef d'entreprise (2).

1. La réaction spontanée du corps social : le rééquilibrage introduit par les sûretés conventionnelles

²¹¹³ Pour une présentation récente de ces questions, v. not. E. CASIMIR, *Les catégories d'actionnaires*, *th. cit.* n°20 et s. ; et plus classiquement, v. C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par action*, Sirey, 1962, spéc. p. 27 et s. ; J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique juridique d'organisation de l'entreprise*, préc., p. 7. ; D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, préc., n° 12 ; V. aussi, P. SUDREAU (dir.), *Rapport du comité de réforme de l'entreprise*, éd. 10-18, 1975 ; F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières*, *op. cit.* ; « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? » *art. cit.* Rapp. encore, D. GUTMAN, « L'associé, investisseur ou entrepreneur ? », in *Mélanges Le Cannu*, *op. cit.* p. 315 et s.

²¹¹⁴ Rapp. C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration*, *op. cit.* n°29 et s., p. 29 et s., spéc. n°36 p. 35 : « L'attitude psychologique et sociale des actionnaires qui prennent une part active à la direction économique de la société est inverse et complémentaire de celle des actionnaires-bailleurs de fonds. Bien que les administrateurs ne soient pas les seuls que l'on doit ranger dans cette catégorie, ils en sont les plus représentatifs. Bien souvent ils sont fondateurs de la société ou ils tiennent leurs droits de ceux-ci. L'effort créateur de la fondation leur a donné ce véritable sentiment de propriétaire qui leur fait considérer la société comme leur chose. »

²¹¹⁵ E. CASIMIR, *th. cit.* n° 45 et s., p. 43 et s. et v. les références citées en note.

741. La responsabilité des entrepreneurs par le biais des garanties conventionnelles – Nous avons déjà eu l'occasion de décrire le phénomène d'« infléchissement de la personnalité morale »²¹¹⁶ par lequel les associés entrepreneurs viennent à perdre le bénéfice de la limitation de leur responsabilité à raison du jeu des sûretés et garanties conventionnelles qu'ils sont, en pratique, contraints de souscrire²¹¹⁷ pour le lancement ou le développement de leur société²¹¹⁸. De fait, le recours à l'emprunt bancaire cautionné par l'« entrepreneur » apparaît par exemple presque systématique au moment de la création de l'entreprise sous forme de SSPRL²¹¹⁹. Par là, les effets attendus du régime viennent à être largement neutralisés.

Nous avons déjà pu aussi décrire les inconvénients et les effets pervers d'un tel système. En effet, tandis que l'objectif d'incitation à la création d'entreprise qui justifie la limitation de la responsabilité de l'entrepreneur se trouve neutralisé du fait des garanties que celui-ci doit consentir, l'opération n'est pas pour autant à somme nulle car la figure œuvre, nous l'avons montré, à l'inégalité des créanciers, à la neutralisation du jeu des privilèges et, plus simplement, à réserver la richesse de l'entrepreneur aux seuls créanciers économiquement puissants²¹²⁰.

2. La réaction de l'ordre juridique : la responsabilité du chef d'entreprise par le jeu de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

²¹¹⁶ A. PIEDELIEVRE, « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz. Pal.*, 1982, 1, doct., p. 85.

²¹¹⁷ Rapp. P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés », *art. cit.*, spéc. p. 234

²¹¹⁸ V. *supra* n° 688 et s. et n° 619 et s. Rapp. not. en ce sens Ph. MERLE, A. FAUCHON, *op. cit.* 23^{ème} éd. n° 208, p. 220 : « De son côté la pratique bancaire est venue, en fait, ruiner le principe de la responsabilité limitée du gérant ou de l'associé principal. Le banquier qui prête de l'argent ou consent une ouverture de crédit à une SARL ne peut pas se contenter de la garantie offerte par le capital social, désormais librement fixé par les statuts. Il exige systématiquement de la part du gérant ou de l'associé majoritaire, un cautionnement personnel qui l'engage bien au-delà de son apport ». V. encore, P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.* 7^{ème} éd. n°198, p. 159 ; M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, Litec, 10^{ème} éd. 2015, n°121 ; P. ANCEL, *Le cautionnement des dettes d'entreprise*, Dalloz 1989 ; S. DANA-DEMARET, *Le capital social*, Litec 1989, préf. Y. REINHARD, n°297 et s., p. 336 et s.

²¹¹⁹ V. not. L. JOBERT, *Le principe de responsabilité limitée*, *Bull. Joly Société* 2007 p. 225 et s. ; A. PIEDELIEVRE, *art. cit.* ; G. SERRA, « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1er août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? », *art. cit.* ; v. encore, Y. CHARTIER, « L'évolution de l'engagement des associés » : *Rev. sociétés*, 1980, p. 1, spéc. p. 22, n° 47.

²¹²⁰ *Idem.*

742. La mise à la charge du chef d'entreprise des dettes sociales se réalise encore par le jeu de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif qui pèse sur les dirigeants de SSPRL. Cette action (qui succède à l'action en comblement de passif) qui conduit à mettre à la charge du dirigeant de droit ou de fait²¹²¹ les dettes sociales restées impayées à la liquidation de la société²¹²² est une mesure en son principe bien difficile à justifier sinon par un objectif de politique juridique de rééquilibrage du régime de SSPRL.

743. Le dirigeant : acteur bien mal désigné pour supporter les dettes sociales – *Ès qualités* en effet, le dirigeant n'agit que pour le compte et dans l'intérêt d'autrui et structurellement, en principe, sous la surveillance et les prescriptions d'autrui (la collectivité des associés et plus précisément souvent, les associés contrôlants, qui nomment et révoquent les dirigeants, définissent la politique et contrôlent leur gestion)²¹²³. De sorte que, simple agent au service d'une entreprise plus vaste dont le profit et la maîtrise sont localisés ailleurs, on pourrait s'attendre à ce qu'il ne soit pas tenu de supporter le risque de celle-ci lorsqu'il agit dans le cadre de ses fonctions²¹²⁴. Par comparaison en effet, le salarié, même lorsqu'il dispose d'une marge de liberté comparable à celle du dirigeant, n'assume pas les conséquences des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa fonction car celles-ci sont en principe réputées constituer un risque d'entreprise que l'employeur a de ce fait vocation à supporter²¹²⁵.

744. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif n'est pas réductible au mécanisme de responsabilité pour faute – Certes, on pourrait revendiquer un

²¹²¹ V. L. 651-2 du Code de commerce. Sur la notion, v. not. J.-L. RIVES-LANGE, « La notion de dirigeant de fait au regard de l'article 99 de la loi de 1967 », *D.* 1975, chron. p. 41 ; G. NOTTE, « La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures civiles », *JCP CI* 1980, I, 8560 ; D. TRICOT, « Les critères de la gestion de fait », *Dr. et patrimoine* 1996, p. 24 ; N. DEDESSUS LE MOUSTIER, « La responsabilité du dirigeant de fait » *Rev. sociétés* 1997, p. 499.

²¹²² V. C. com., art. L. 651-1 et s., et notamment L. 651-2 al. 1^{er} : « Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables ».

²¹²³ Rapp. *supra* n°122 et s. et v. plus généralement, F.-X. LUCAS, « Rapport français », in *Le pouvoir dans les sociétés, Travaux de l'association Henri Capitant*, t. 62, Bruylant 2012, p. 129 et s.

²¹²⁴ Rapp. P. et Ph. DIDIER, *Les sociétés commerciales, op. cit.*, n°322, p. 259. V. Aussi, sur la responsabilité structurelle de l'associé *supra* n°.

²¹²⁵ V. Cass. civ. 1^{ère}, 9 nov. 2004, *D.* 2005, p. 253 note F. CHABAS ; *JCP G* 2005, II, 10020, rapp. DUVAL-ARNOULD, n. S. PORCHY-SIMON ; *RTD civ.* 2005, p. 143, obs. P. JOURDAIN. Et à propos de la solution acquise désormais selon laquelle le préposé ne supporte pas les conséquences de sa faute lorsqu'il a agi dans le cadre de ses fonctions sans excéder les limites de sa mission, v. not. G. VINEY et P. JOURDAIN, S. CARVAL *Les conditions de la responsabilité, op. cit.*

attachement à la primauté du fondement de la faute sur les théories de la responsabilité fondées sur le risque²¹²⁶ et prétendre voir dans une telle action pour insuffisance d'actif une application rigoureuse des principes traditionnels du droit civil²¹²⁷. Par comparaison, le mandataire de droit commun est ainsi tenu vis-à-vis des tiers des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission²¹²⁸.

L'analogie cependant est trompeuse et ce n'est que par le biais de quelques artifices que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif peut se rattacher aux principes de la responsabilité pour faute.

745. En effet, outre le fait que, sauf faute séparable des fonctions, le dirigeant social est normalement à l'abri des poursuites des tiers²¹²⁹, on remarquera surtout que la « faute de gestion » qui suffit à engager la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif n'est pas assimilable au délit civil. Un mauvais gestionnaire de ses propres affaires n'est pas de ce simple fait considéré comme fautif au sens de l'article 1240 (parce qu'il aurait embauché plus d'employés que nécessaire, parce qu'il ne diversifie pas sa clientèle ou qu'il réalise des investissements inopportuns par exemple²¹³⁰), et l'on ne voit pas pourquoi la circonstance que le mauvais gestionnaire mette son incompetence au service des affaires d'autrui justifierait une appréciation différente de ce point de vue²¹³¹.

²¹²⁶ V. supra n°118 ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, op. cit. n° 49 et s., p. 109.

²¹²⁷ Rappr. T. MASTRULLO, « Responsabilité civile et droit des procédures collectives », *Responsabilité civile et assurances* n° 5, Mai 2017, dossier 9 ; F.-X. LUCAS, « Réforme de l'action en "comblement de passif" » *BJS* janv. 2017, n° 116a2, p. 1.

²¹²⁸ V. Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1992, n° 91-10.619 ; *Bull. civ.* 1992, I, n° 250 ; Cass. 3^e civ., 6 janv. 1999, n° 96-18.690, *Bull. civ.* 1999, II, n° 3 ; *D.* 2000, p. 426, note C. ASFAR ; *D. Affaires* 1999, p. 204, obs. J. F. ; *RDI* 1999, p. 255, obs. B. BOUBLI ; *RTD civ.* 1999, p. 403, obs. P. JOURDAIN. Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 97-44.718 ; *Bull. civ.* 2000, V, n° 391. Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2004, n° 01-13.844, *Bull. civ.* 2004, I, n° 141 ; *D.* 2005, p. 194, obs. P. DELEBECQUE, P. JOURDAIN et D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2004, p. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES, et p. 516, obs. P. JOURDAIN ; *RTD com.* 2004, p. 804, obs. B. BOULOC ; *Contrats, conc., consom.* 2004, comm. 121, note L. LEVENEUR. Rappr. en matière de fiducie, *J. Class. Civil code*, art. 2011 à 2030, « Fiducie », fasc. 20 par C. WITZ, spéc. n°23, selon qui même les fautes délictuelles qu'aurait commis le fiduciaire au cours de l'exercice de sa mission n'engagent pas son patrimoine personnel mais seulement le patrimoine fiduciaire (*contra*, v. *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° « Fiducie », spéc. n°90 par F. BARRIÈRE).

²¹²⁹ V. Y. GUYON, v° « Administration - Responsabilité civile des dirigeants », *J. Class. Sociétés Traité*, Fasc. 132-10 ; cependant, la faute non détachable du dirigeant est susceptible d'emporter la responsabilité de la société pour le compte de qui il agit, laquelle pourra paradoxalement se retourner contre lui, de sorte qu'*in fine*, le dirigeant supportera la charge du préjudice causé par sa faute (Cass. com., 18 juin 1996, *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 922, note AC ; Cass. com., 12 janv. 1993, *BJS* 1993, p. 336, note A. COURET. V. cependant Cass. com., 18 juin 1973, *Rev. sociétés* 1974, p. 300, note J. H.). Rappr. aussi, F. BARBIÉRI, « Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? » *Mélange Y. Guyon, préc.*, p. 41 et s.

²¹³⁰ Pour reprendre certaines des illustrations données par C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficultés*, LGDJ 11^{ème} éd. 2018, n°1441, p. 950.

²¹³¹ Il est vrai cependant que la jurisprudence iconoclaste et contestée issue de l'arrêt Myr'ho (v. Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, *Bull., Ass. plén.*, n° 9 ; *D.* 2006. 2825, n. G. VINEY ; obs.

Ainsi que le soulignait Monsieur le professeur Philippe Didier, il ne faudrait pas se laisser tromper par l'emploi du terme de « faute » par les textes : la notion de faute de gestion est extrêmement « fluide », et l'acception qu'en retiennent les tribunaux est si souple que le régime s'apparente davantage à un mécanisme de responsabilité sans faute²¹³².

746. Schématiquement, le dirigeant est « là pour prendre les décisions à la place des associés » car sa fonction procède du besoin « de substituer l'autorité unique du dirigeant à la multitude des consentements »²¹³³ ; il agit donc pour le compte et dans l'intérêt de la collectivité d'associé et de la société et ses choix engagent cette dernière²¹³⁴. Si le dirigeant choisi par les associés se révèle incompetent, on pourrait à la rigueur admettre que les associés et la société puissent lui demander d'en rendre compte, mais tant que l'incompétence du dirigeant n'est pas suffisamment grave pour être qualifiée de délit civil,

I. GALLMEISTER ; *ibid.* 2007. 1827, obs. L. ROZES ; *ibid.* 2897, obs. P. BRUN et P. JOURDAIN ; *ibid.* 2966, obs. S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *AJDI* 2007. 295, obs. N. DAMAS ; *RDI* 2006. 504, obs. P. MALINVAUD ; *RTD civ.* 2007. 61, obs. P. DEUMIER ; *ibid.* 115, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *ibid.* 123, obs. P. JOURDAIN ; rappr. *GAJC, op. cit.* t. 2, n°177) qui permet au tiers de se prévaloir d'une inexécution contractuelle en assimilant *ipso jure* cette dernière à la faute civile contraire l'analyse. En application de cette jurisprudence, la mauvaise gestion du dirigeant, pourrait s'analyser en une mauvaise exécution du contrat qui le lie à la société et, de ce fait, constituer une faute civile dont les tiers pourraient se prévaloir. Toutefois cette solution jurisprudentielle est bien trop récente pour constituer une explication du mécanisme de l'action en responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif. On aurait par ailleurs pu déceler dans certaines décisions ultérieures les signes que cette solution n'aurait été qu'une fugace éclipse des principes essentiels du contrat (v. not. Cass. civ. 3e, 18 mai 2017, n° 16-11.203, *D.* 2017. 1225, note D. HOUTCIEFF ; *RDI* 2017, p. 349, obs. P. MALINVAUD ; *RTD civ.* 2017. 666, obs. P. JOURDAIN ; Com. 18 janv. 2017, n° 14-16.442, inédit, *D.* 2017. 1036, note D. MAZEAUD ; *AJ Contrat* 2017, p. 191, obs. A. LECOURT ; et H. BARBIER, « De nouvelles entorses à la jurisprudence Myr'Ho d'Assemblée plénière du 6 octobre 2006, *RTD civ.* 2017, p. 651) mais l'Assemblée plénière semble avoir récemment fait disparaître cet espoir (Cass. A.P. 13 janvier 2020 n°17-19.963). Et la nuance que propose d'apporter à la solution jurisprudentielle actuelle le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 reste assez timide. Contrairement à l'avant-projet de réforme, le projet en son état actuel affirme la possibilité pour le tiers qui a « un intérêt légitime » à la bonne exécution du contrat de se prévaloir de son inexécution (v. art. 1234 ; rappr. F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2008, art. 125 al. 2 ; P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr. 2006, art. 1342).

²¹³² « Certes, on pourrait opposer à une telle idée la lettre des textes qui impose une faute pour engager la responsabilité des dirigeants. Cependant, on a vu que la notion de faute du dirigeant est extrêmement fluide. On a ainsi vu que dans une certaine interprétation des obligations du dirigeant, la faute qu'on lui reproche a tendance à être confondu avec le dommage subi par un tiers. De facto, cette interprétation rapproche sensiblement la responsabilité du dirigeant d'une responsabilité sans faute puisque alors le tiers n'a qu'à prouver son dommage pour obtenir son indemnisation. Ph. DIDIER, « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. des sociétés* 2003, p. 238 et s.

²¹³³ Ph. DIDIER, *art. cit.*

²¹³⁴ Rappr. en matière de fiducie, *J. Class. Civil code*, art. 2011 à 2030, « Fiducie », fasc. 20 par C. WITZ, spéc. n°23, selon qui même les fautes délictuelles qu'aurait commis le fiduciaire au cours de l'exercice de sa mission n'engagent pas son patrimoine personnel mais seulement le patrimoine fiduciaire (*contra*, v. *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° « Fiducie », spéc. n°90 par. F. BARRIÈRE).

il paraît difficile de justifier que les tiers puissent s'en prévaloir²¹³⁵ (du moins si l'on veut bien faire abstraction de la solution tirée de la trop récente – et à nos yeux trop contestable – jurisprudence dite Myr'ho pour pouvoir expliquer le mécanisme²¹³⁶).

747. L'action en insuffisance d'actif ne s'explique pas non plus par le mécanisme de l'action oblique – Or l'action en insuffisance d'actif, en plus d'être placée entre les mains de la collectivité de créanciers, vise incontestablement à réparer un préjudice propre à ces derniers. On ne saurait prétendre en effet que, par une telle action, les créanciers ne font qu'exercer à sa place l'action qu'aurait la société contre son dirigeant incompetent afin de rapatrier dans le patrimoine de leur débiteur les sommes auxquelles ce dernier aurait droit – ce qui ferait de l'action en insuffisance d'actif une sorte d'action oblique²¹³⁷. En effet, si la société, ou la collectivité d'associés, peuvent souffrir d'un préjudice à raison de l'incompétence des dirigeants qui aurait conduit à la liquidation de la structure, ce préjudice ne saurait être équivalent à l'insuffisance d'actif du patrimoine social. Les associés pourraient éventuellement prétendre avoir subi un gain manqué du fait de l'incompétence du dirigeant en ce que leur entreprise a été conduite à un terme précoce, ou encore pourraient tenir le dirigeant incompetent responsable de la perte de leur apport. Mais le montant des dettes que la société laisse impayées à sa liquidation (et que le dirigeant est appelé à supporter) apparaît tout à fait indifférent aux associés dans la mesure où ils sont précisément protégés par le mécanisme de limitation de responsabilité, et cette indifférence à l'égard du montant des dettes laissées impayées est tout autant partagée par l'être moral. C'est pourtant bien ce montant correspondant à la fraction de dettes

²¹³⁵ C'est vraisemblablement un tel raisonnement qui conduisit certaines juridictions à se rebeller contre la solution de principe : v. par exemple CA Bourges, 3 juin 1998, *JCP G* 1998, p. 1417 qui refuse de faire droit à une action en comblement de passif « en l'absence de tout comportement frauduleux et une faute de gestion nettement caractérisée et suffisamment grave pour trancher avec le comportement habituel du commerçant malheureux et de bonne foi ». Rappr. J. F. BARBIÉRI, « Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? » *Mélange Y. Guyon, préc.*, p. 41 et s., spéc. p. 48 et s.

²¹³⁶ V. *supra* note 2131. Et pour les critiques dont fait l'objet la solution en doctrine, v. not. A. BENABENT, *op. cit.*, n° 542 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LÉQUETTE et F. CHENEDE, *op. cit.*, n° 680 D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Bruylant, coll. « Paradigme », 3^{ème} éd., 2017, n° 896-2 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1, op. cit.*, n° 804 ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil. Contrats. Théorie générale. Quasi-contrats*, PUF, 2014, n° 165 ; C. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, dir. C. LARROUMET, 9^e éd., Economica, 2018, n° 748 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 9^{ème} éd., LGDJ, 2019, n° 230 ; L. ANDREU et N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, 4^{ème} éd., Gaulino, 2019, n°s 747 et s. ; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 11^{ème} éd., Dalloz, 2017, n° 3213.172 ; comp. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, 9^e éd., Sirey, 2015 n° 190.

²¹³⁷ V. art. 1341-1 C. civ.

impayées²¹³⁸ qui constitue la mesure de la responsabilité du dirigeant, ce qui montre bien que l'action en insuffisance d'actif est bien une action propre à la collectivité des créanciers sociaux visant à réparer le préjudice propre de ces derniers.

748. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est une mesure qui s'explique par la nécessité de compenser le régime de faveur accordé aux associés –

Par ailleurs, le préjudice qu'une telle action a vocation à réparer est singulier puisque, sans correspondre au préjudice causé aux associés ou à la société, il ne s'agit pas non plus du préjudice que la faute de gestion considérée aurait immédiatement causé aux créanciers.

Ce préjudice original – l'insuffisance d'actif du patrimoine social – atteste bien du fait que l'objectif de ce régime de responsabilité consiste avant tout à reporter sur le dirigeant la charge des pertes dont, par faveur, les associés sont dispensés.

On aboutit ainsi à faire jouer au dirigeant social le rôle de débiteur subsidiaire des dettes sociales en lieu et place des associés qui bénéficient quant à eux de la limitation de leur responsabilité.

749. En ce sens, on remarquera aussi que le préjudice subi par les tiers, dont cette action particulière permet la réparation – soit l'insuffisance d'actif de la société – est la conséquence directe de l'étanchéité patrimoniale de la société : si les associés ne bénéficiaient pas du régime de faveur que la SSPRL leur octroie, les créanciers sociaux ne subiraient nul préjudice (ou du moins un préjudice bien moindre) à raison de cette insuffisance d'actif du patrimoine social puisque les richesses personnelles des associés devraient permettre de les désintéresser. L'insuffisance d'actif du patrimoine social n'est donc préjudiciable aux créanciers qu'en raison du régime de faveur dont les associés de SSPRL sont bénéficiaires²¹³⁹.

Aussi ce préjudice que subissent les créanciers sociaux découle en réalité tout autant de la faute de gestion du dirigeant que, simplement, du jeu de la limitation de la responsabilité des associés et de la mise à l'abri de leur patrimoine personnel.

750. Enfin, on observera que loin des principes en vigueur en matière de responsabilité pour faute, la Haute juridiction se contente d'une conception bien « lâche » du lien de

²¹³⁸ Ou une fraction de celle-ci, déterminée par le juge, v. art. L 651-2 C. com.

causalité²¹⁴⁰ car il suffit que la faute de gestion visée ait seulement « contribué » à l'insuffisance d'actif pour que son auteur puisse être condamné à supporter l'entière des dettes sociales laissées impayées à la liquidation²¹⁴¹.

Et une fois cette causalité de principe établie, c'est aux juges du fond qu'il appartient d'apprécier souverainement le montant de la condamnation adéquat²¹⁴², pouvoir dont ils semblent user avec une particulière sévérité²¹⁴³ (ce qu'il est peut être possible d'expliquer – par un effet d'entraînement circulaire – par le recours des dirigeants sociaux à l'assurance pour se prémunir de telles actions, laquelle a souvent pour effet d'attirer « la foudre plus rapidement et plus sûrement que n'importe quel paratonnerre »²¹⁴⁴).

751. Aussi sous l'apparence d'une application banale du mécanisme de responsabilité pour faute, cette action semble essentiellement s'expliquer par un objectif de politique juridique qui procède du besoin qui s'est fait ressentir de tempérer quelque peu le phénomène de « régression de la responsabilité des personnes physiques »²¹⁴⁵ et la vigueur du régime véhiculé par les SSPRL afin de soumettre, à tout le moins, l'un des acteurs qui

²¹³⁹ V. *supra* n°121 et s.

²¹⁴⁰ V. not. F PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^{ème} éd. LGDJ 2012, n°1518 et s., p. 825 et s. C'est la théorie dite de l'équivalence des conditions dont il est fait ici application ; v. A. MARTIN-SERF, v° «Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises – Effets à l'égard des dirigeants sociaux », J. Class. Société traité, Fasc. 41-52spéc. n° 70 et s.

La Cour de cassation vise cependant désormais le principe de « proportionnalité » pour obliger « les juges du fond à établir le lien de causalité existant entre chaque faute retenue, le dommage réalisé pour justifier le quantum de la sanction prononcée » (C. MASCALA et R. SALOMON, « Regards sur les évolutions récentes des sanctions », in dossier « Personnes physiques et procédures collectives » *Rev. proc. coll. janv.* 2013, n°11 p. 89 et s., spéc. p. 93).

²¹⁴¹ V. par exemple, Cass. com. 11 oct. 2011, n°10-20423 : « attendu que le dirigeant d'une personne morale peut être déclaré responsable, sur le fondement de l'article L. 624-3 du code de commerce, même si la faute de gestion qu'il a commise n'est que l'une des causes de l'insuffisance d'actif, et peut être condamné à supporter en totalité ou partie les dettes sociales, même si sa faute n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles ».

²¹⁴² V. par exemple Cass. com. 10 janv. 2012, n° 10-28067, *Rev. proc. Coll.* 2012, n°211, p. 70, obs. A. MARTIN-SERF.

²¹⁴³ Rapp. A. LIENHARD, (obs. sous Cass. com. 15 déc. 2009, *D.* 2010, p. 10) qui parle d'« arrosage » des dirigeants sociaux ; rapp. J.-P. LEGROS, *Dr. sociétés*, mars 2010, n°55.

²¹⁴⁴ M. GERMAIN, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. sociétés* 2003, p. 284. Rapp. Ph. DIDIER, « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *art. cit.* : « De la même façon, on pourrait invoquer le rôle grandissant que joue l'assurance des mandataires sociaux. En effet, il est certain que la diffusion de l'assurance joue un rôle sur la mise en œuvre de la responsabilité. Historiquement, on observe en effet un lien très fort entre le développement de la responsabilité sans faute et celui de l'assurance. La diffusion des assurances civiles de mandataires sociaux pourrait ainsi laisser croire au développement possible d'une responsabilité sans faute. Dès lors, on pourrait estimer que les conditions sont réunies pour que se développe une responsabilité quasi sans faute à l'égard des dirigeants sociaux. ». Et rapp. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.* n°19 et s., p. 29 et s.

participe au jeu de ces constructions à une véritable responsabilisation pour les affaires sociales²¹⁴⁶. Elle se comprend comme une spontanée – et en son principe légitime – réaction du droit – et des tribunaux²¹⁴⁷ – à la dangerosité du régime d'irresponsabilité véhiculé par les SSPRL²¹⁴⁸.

Du fait de ce régime de protection des associés « la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux reste la meilleure sécurité des tiers car elle ne leur assure pas seulement une garantie de paiement, elle joue un rôle préventif que ne peut pas avoir l'accumulation de capitaux anonymes ; elle assure la probité dans la direction de la société, elle incite les mandataires sociaux à la vigilance et à l'honnêteté dans leur gestion »²¹⁴⁹ et, partant, constitue un garde-fou précieux au mécanisme de limitation de responsabilité de SSPRL.

Il est d'ailleurs remarquable à cet égard que cette action cherche toujours à identifier un responsable personne physique : lorsque le dirigeant de la société en liquidation est une personne morale, la personne physique qui en est le représentant permanent sera tenu responsable de la faute de gestion dans le cadre d'une action en insuffisance d'actif²¹⁵⁰.

Tant pour sa fonction indemnitaires que pour sa fonction normative – et indirectement pour ses vertus économiques²¹⁵¹ – il a donc semblé nécessaire que l'un des acteurs – et au moins une personne physique – de ces constructions juridiques puisse être assujéti au risque d'une véritable responsabilité pleine et entière pour les dettes de

²¹⁴⁵ J.-F. BARBIÉRI, « Responsabilité de la personne morale ou responsabilité des dirigeants », *art. cit.*, spéc. p. 44.

²¹⁴⁶ Rappr. F. DERRIDA, note ss T. com. Pontoise, 26 janv. 1979, *D.* 1979, p. 457, spéc. p. 460.

²¹⁴⁷ Remarquons que la sanction est d'origine jurisprudentielle, v. *J. Class. Sociétés traité*, fasc. 41-50 précité par A. MARTIN-SERF, n°1

²¹⁴⁸ Il est vrai que la mesure a été étendue aujourd'hui à l'ensemble des structures personnifiées ; la solution a cependant concerné initialement les seules sociétés anonymes avant d'être étendue aux SARL (v. *J. Class. Sociétés traité*, fasc. 41-50 précité par A. MARTIN-SERF, n°1).

²¹⁴⁹ D. VEAUX, *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales*, Éditions techniques SA, Librairie de la Cour de cassation, 1947, p. 2-3.

²¹⁵⁰ *C. com.*, art. L. 651-2. V. F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, *op. cit.*, n°292, p. 292 ; *J. Class. Sociétés traité*, fasc. 41-50 précité par A. MARTIN-SERF, n°46 et s.

²¹⁵¹ Rappr. H. LEPAGE, *Pourquoi la propriété ? op. cit.*, p. 129-130, qui rappelle l'un des axes majeurs de la théorie de l'agence (v. M. JENSEN et W. MECLDING « Theory of the Firm, Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure », *art. cit.*) qui veut en substance que « l'entreprise où celui qui a le pouvoir de décision non seulement est personnellement responsable des pertes de gestion, mais dont le patrimoine est lié à la vie de l'affaire qu'il dirige, (...) bénéficie sur le marché, d'un avantage concurrentiel. D'abord, parce qu'elle a toutes chances d'être gérée de façon plus rigoureuse; ensuite, parce qu'elle trouvera plus facilement du financement extérieur et des capitaux meilleur marché ».

l'entreprise²¹⁵². Or, sauf à revenir sur le postulat que les associés doivent bénéficier d'un régime protecteur pour les considérations économiques que l'on sait, et faute pour les théories prônant la distinction entre les différentes catégories d'associés d'être parvenu à convaincre de leur caractère opératoire²¹⁵³, seule la figure du dirigeant était susceptible d'endosser ce rôle. Il fut donc érigé en interlocuteur privilégié du droit, garant de la probité et de la bonne conduite de la société²¹⁵⁴, bien qu'il ne semble nullement désigné pour ce rôle.

752. La finalité de « rééquilibrage » de cette action confirmée par certains pans de son régime aujourd'hui révolus – Il est vrai qu'un certain nombre de pans de régime qui confirmaient nettement la présente analyse quant à la nature de cette action furent gommés ou atténués par des évolutions récentes du droit positif. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif semble en effet depuis peu prise dans un mouvement qui tend à la ramener dans le sillon du droit commun, sans qu'elle s'y fonde encore pour les raisons jusqu'ici mentionnées. Bien qu'abandonnés, on peut cependant évoquer ces pans de réglementation passés qui, confirmant nos analyses, révèlent l'ADN de cette action.

On rappellera par exemple que la loi de 1967 faisait peser sur le dirigeant le poids d'une double présomption, de faute et de causalité²¹⁵⁵. Une telle charge aboutissait, de fait, à soumettre le dirigeant à une véritable responsabilité de principe des dettes sociales pour la fraction excédant les richesses de la société²¹⁵⁶.

De même, jusqu'à l'abandon de cette solution par une jurisprudence récente, le dirigeant était, par le biais de cette action, tenu responsable des vices de la société qui échappaient pourtant à son emprise puisque relevant de la sphère de compétence des

²¹⁵² V. Ph. DIDIER, « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. des sociétés* 2003, p. 238 et s. ; plus généralement, G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd. 1995, n° 39 et s.

²¹⁵³ Sur cette distinction et ses difficultés de réalisation, v. supra n° 303 et s.

²¹⁵⁴ Rapp. Ph. DIDIER, « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *art. cit.* : « En pratique l'extension des diligences du dirigeant à l'égard de tous revient à les soumettre à une sorte d'éthique propre plus lourde que celle qui pèse sur les autres acteurs du commerce juridique et dont le fondement exact demeure indéterminé. L'inconvénient de cette interprétation, c'est qu'alors on fait du dirigeant une sorte de garant des faits de la société à l'égard des tiers. Il y a une sorte d'effacement de la personnalité morale de la société au détriment du seul dirigeant. »

²¹⁵⁵ L. n° 67-563, 13 juill.1967, art. 99. V. L. n° 67-563, 13 juill.1967, art. 99 ; v. *J. Class. Société traitée*, Fasc. 41-52 précité par A. MARTIN-SERF, spéc. n° 2 et s. La double présomption fut supprimée par la loi du 25 janvier 1985 (art. 180 devenu *C. com.*, art. L. 624-3)..

²¹⁵⁶ V. par ex. J. MARTEL, « L'article 99 ou l'injure des lois », *Gaz. Pal. Rec.* 1979, 1, doct., p. 4 ; B. LYONNET, « Responsabilité des dirigeants d'entreprise au regard du Traité de Rome », *RJ com.* 1982, p. 121.

associés²¹⁵⁷ : ainsi de la sous-capitalisation de la société²¹⁵⁸ ou du défaut de recapitalisation²¹⁵⁹. Dans ce cadre ressortait avec une netteté criante le caractère artificiel du fondement de la faute classiquement invoqué.

753. Chacun de ces pans de régime, malgré leur abandon, nous paraissent montrer que l'action en insuffisance d'actif ne saurait s'expliquer par les principes de responsabilité pour faute de droit commun, non plus que par des axiomes usuels de répartition des charges et du risque, mais qu'elle procède seulement d'un objectif de politique juridique visant d'une part à instituer le dirigeant garant de la probité des affaires sociales puisqu'il est le seul acteur susceptible d'assumer ce rôle ; et d'autre part à lui faire supporter les risques de l'entreprise, car il peut toujours sembler moins injuste de les faire supporter au dirigeant incompetent qu'aux créanciers sociaux. L'alternative étant généralement pensée comme réduite à ces deux branches car nul ne songerait à remettre en cause l'immunité dont disposent quant à eux les associés.

C'est cette volonté de rééquilibrage qui explique vraisemblablement « l'arrosage » dont certains déplorent que les dirigeants de sociétés en liquidation fassent l'objet²¹⁶⁰. Mais cette mesure de responsabilité du dirigeant en cas d'insolvabilité de la SSPRL apparaît finalement comme un pis aller peu satisfaisant en son principe, une mesure de contrepois qui se justifie surtout par le fait d'être toujours moins inopportune que l'irresponsabilité de l'ensemble des acteurs de la structure.

754. En acceptant donc de donner crédit à une distinction d'ordre « socio-économique » entre les différentes sortes d'associés, il semble possible de conclure que malgré la consécration – essentiellement par la création de la SARL en 1925²¹⁶¹ – de l'extension du bénéfice du régime de limitation de responsabilité aux entrepreneurs en plus

²¹⁵⁷ Rapp. S. VICENTE, « Quelles responsabilités pour les dirigeants sociaux ? » *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2013 n°2, p. 53 et s.

²¹⁵⁸ Jurisprudence abandonnée par Cass. com., 10 mars 2015, n° 12-15.505; *D.* 2015, p. 678, obs. A. LIENHARD ; *JCP E* 2015, 1261, note B. DONDERO ; *BJS* 2016, p.157, note J. HEINICH *LPA* 11 juin 2015, p. 14, note E. GARAUD ; *Rev. sociétés* 2015, p. 407, obs. L. –C. HENRY *BJS* mai 2015, p. 244, note I. PARACHKEVOVA ; *Act. proc. coll.* 2015, comm. 107, obs. J. VALLANSAN ; *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 187, note A. MARTIN-SERF ; *Dr. & patr.* sept. 2015, n° 250, p. 98, obs. M.-H. MONSERIE-BON ; *LEDEN* avr. 2015, n° 56, obs. P. RUBELLIN. V. pour une illustration de la solution antérieure à ce revirement de jurisprudence, Cass. com., 19 mars 1996 : *JCP G* 1996, I, 3960, § 17, obs. Ph. PETEL ; *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 613, obs. A. COURET ; *Deffrénois* 1996, p. 935, obs. P. LE CANNU.

²¹⁵⁹ V. abandonnant cette solution, Cass. com., 13 oct. 2015, n° 14-15.755; *Rev. proc. coll.* 2016, n° 3, p. 45, note A. MARTIN-SERF ; *BJS* 2016, p.157, note J. HEINICH.

²¹⁶⁰ V. A. LIENHARD, obs. sous Cass. com. 15 déc. 2009, *D.* 2010, p. 10

des bailleurs de fonds²¹⁶², les premiers restent soumis *in fine* soumis aux risques entrepreneuriaux, tant en qualité de caution et pourvoyeurs de sûretés garantissant les dettes sociales, qu'en qualité de dirigeant, de droit ou de fait, destinataires d'actions en « comblement de passif ».

En cela, il est donc remarquable que le droit positif de la limitation de la responsabilité de l'associé revienne par quelques voies détournées à sa figure d'origine : la société en commandite où la mesure est née²¹⁶³. Cette forme sociale initiale et mère de toutes les SSPRL²¹⁶⁴ réalise en effet simplement l'association de deux sortes d'associés qui sont d'emblée distinguées de manière nette et franche, pour n'offrir le bénéfice de limitation des risques qu'aux seuls bailleurs de fonds et tenir au contraire responsables indéfiniment les véritables entrepreneurs.

L'équilibre naturel que porte cette institution primitive semble donc opposer une résistance tenace aux tentatives de s'en écarter et l'on pourrait être tenté d'y revenir franchement plutôt que de laisser son régime se réaliser par de tortueuses voies de traverse.

B. Intérêt et modalités d'un retour à la commandite

Après avoir montré l'intérêt qu'il y aurait à consacrer nettement cette dualité de régime qui tend à se réaliser indirectement en droit positif (1), on pourra envisager quelques modalités utiles à la réalisation de la substitution des sociétés en commandite aux diverses SSPRL existantes (2).

1. Les inconvénients de ces modes de réalisation détournés par comparaison à la commandite

²¹⁶¹ V. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, spéc. n°231.

²¹⁶² Sur ces questions v. *supra* spéc. n° 227 et s.

²¹⁶³ V. *supra* n°164 et s..

²¹⁶⁴ *Idem*.

755. La manière détournée dont se réalise en l'état du droit positif cette « responsabilisation » de l'associé entrepreneur est porteuse de certains effets indésirables qui conduisent à lui préférer le système net de la commandite.

756. Une concordance accidentelle et non systématique – Tout d'abord, elle présente pour inconvénient de ne viser l'associé entrepreneur que de manière accidentelle. C'est à raison de la concordance en pratique de la qualité de dirigeant et d'associé entrepreneur que ce dernier est *in fine* visé par l'action en insuffisance d'actif²¹⁶⁵. De même que la responsabilité que l'associé entrepreneur encourt en pratique, à raison des garanties conventionnelles qu'il consent, procède du fait que c'est généralement lui seul qui acceptera d'accorder sur son patrimoine personnel les garanties conventionnelles réclamées par les créanciers puissants²¹⁶⁶.

Il est toutefois des hypothèses où cette coïncidence ne se réalise pas et il se peut alors qu'un dirigeant non associé vienne à supporter les dettes de la société sur son patrimoine personnel, par l'un ou l'autre des deux biais visés. Un tel cas de figure se réalisera principalement dans le cadre de structures de grande taille – ou celles rattachées à un groupe important – et où l'on pourra trouver parmi les dirigeants, des « managers »²¹⁶⁷ professionnels qui mettent à profit de la société leur savoir-faire sans y être particulièrement attachés.

²¹⁶⁵ Cette coïncidence est d'ailleurs tellement fréquente, qu'elle est parfois prise pour postulat pour justifier la mesure de responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif : rapp. par ex. F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, PUF, 2^{ème} éd. 2018, n°291, p. 291, qui semble prendre pour présupposé une identité de personne du dirigeant et de l'entrepreneur pour expliquer la mesure (« Le développement de la société comme technique d'organisation de l'entreprise a conduit à prévoir une responsabilité spéciale pour le dirigeant qui, exerçant son activité sous la forme sociale, bénéficie de l'écran protecteur de la personnalité morale puisque les dettes nées de l'exploitation sont celles de la société et non les siennes »).

La réunion de ces qualités sur la même tête est vrai d'une part dans les structures de type « PME » quelle que soit leur forme juridique, et où, même s'ils s'associent avec des apporteurs en capitaux, ce seront les entrepreneurs, le plus souvent fondateurs – ou tenant leurs droits de ceux-ci –, ceux qui ont développé l'idée de l'entreprise et qui sont à l'origine du partenariat avec les associés financeurs, ceux qui considère l'entreprise sociale comme « leur chose » (v. C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration*, *op. cit.* n°29 et s., p. 29 et s., spéc. n°36 p. 35) qui occuperont les postes de direction, d'autant que dans ces entreprises modestes, surtout en début de vie sociale, la fonction de dirigeant n'étant pas ou très peu rémunéré, seuls ces sortes d'associés acceptent de se charger de cette tâche. Le constat se vérifie également dans les grandes sociétés constituées sous formes de SA – voire de SAS – : bien que la direction de la société se partage alors avec des dirigeants de type « manager » professionnels (M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, 32^{ème} éd., n°395, p. 164) qui ne sont pas nécessairement attaché à l'entreprise et qui n'y sont d'ailleurs pas nécessairement associés, il est fréquent que les actionnaires entrepreneurs occupent parmi cette équipe une place importante.

²¹⁶⁶ Rapp. J.-F. BARBIERI, « Dirigeants et associés d'une entreprise en difficulté : entre partenaires et débiteurs », *LPA* 30 sept. 2008, p. 6 et s., spéc. p. 7.

²¹⁶⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, 32^{ème} éd., n°396, p. 164.

Or la mise à la charge du dirigeant non associé des dettes de la société n'est pas satisfaisante en son principe pour les raisons que nous avons évoquées : le dirigeant *ès qualités*, agissant au nom et dans l'intérêt d'autrui, apparaît bien mal désigné pour supporter les pertes d'une activité dont le profit et la maîtrise appartiennent à autrui²¹⁶⁸.

Certes, lorsqu'elle résulte de la réalisation de sûretés conventionnelles que le dirigeant consent, la liberté contractuelle donne un fondement formel à la prise en charge des risques sociaux que le dirigeant supporte. Mais ce fondement ne semble pas suffisant pour donner à la manière dont le risque d'entreprise se répartit de façon systémique une pertinence objective²¹⁶⁹.

757. La troisième voie de l'associé entrepreneur désigné par le statut de commandité – On pourrait penser à objecter qu'il est toujours préférable de mettre ces dettes impayées à la charge du dirigeant incompetent ou consentant plutôt que de laisser les créanciers supporter la faillite de la société.

Mais l'alternative ne devrait pas être pensée comme se limitant à ces deux branches. Car s'il est difficilement envisageable de proposer de revenir, sans distinction, sur le principe de la responsabilité limitée des associés, on peut se demander s'il ne serait pas plus équitable – et davantage conforme aux principes directeurs de notre droit de la responsabilité – de substituer la figure de l'associé entrepreneur à celle du dirigeant car le premier, à la différence du second, dispose de la maîtrise structurelle et de la vocation au profit.

Si une telle proposition se heurte en son principe aux difficultés qu'il y aurait à distinguer parmi les différentes sortes d'associés, le retour à la commandite permet de dépasser l'obstacle puisque cette forme sociale suppose d'emblée un rattachement « déclaratif » qui émane des associés eux-mêmes à l'une ou l'autre des catégories – bailleur de fonds ou entrepreneur (étant entendu cependant que celui qui se prétend

²¹⁶⁸ V. *supra* n° 743 et s.

²¹⁶⁹ Ce serait certainement faire preuve d'une révérence excessive à l'égard des théories de l'autonomie de la volonté que de s'interdire de porter un jugement sur l'équilibre des intérêts auquel le jeu des relations contractuelles conduit. Rapp. M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF 2018. Et rapp. à propos de la fameuse formule d'A. FOUILLÉE, « qui dit contractuel dit juste » et du contresens auquel elle donnerait trop souvent lieu, v. A. SUPIOT, *La force d'une idée*, éd. Les liens qui libèrent, 2019 ; J. F. SPITZ, « Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d'A. Fouillée », *RTD civ.* 2007, p. 281 et s.

bailleur de fonds mais qui se comporte en réalité comme un entrepreneur sera traité comme tel²¹⁷⁰).

758. La répartition inopportune des richesses de l'entrepreneur – Ensuite, lorsque c'est bien l'associé entrepreneur qui, en l'état du droit positif, vient – par ces deux biais envisagés – à supporter l'échec social à la manière du commandité, la voie de la commandite reste préférable dans la manière dont les richesses de l'entrepreneur se répartissent.

D'une part, on l'a dit, lorsqu'elle emprunte la voie des sûretés conventionnelles, la responsabilité de l'associé entrepreneur d'une SSPRL ne profite qu'aux créanciers puissants qui se sont ménagés ces sûretés, tout en neutralisant l'effet incitatif qui est au fondement de la mesure²¹⁷¹ ; or rien ne permet de justifier cette mise à profit exclusif de la richesses des entrepreneurs aux créanciers puissants.

D'autre part, lorsqu'en l'état du droit positif la responsabilité des associés entrepreneurs se réalise par le jeu du mécanisme de la responsabilité pour insuffisance d'actifs qu'ils encourent en qualité de dirigeant, les sommes qui en sont issues sont réparties entre créanciers au marc le franc sans tenir compte des privilèges²¹⁷². La responsabilité du commandité a donc cela de préférable à la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif qu'elle évite cette « bizarrerie » accidentelle²¹⁷³ et respecte l'ordre des préférences.

759. Conclusion : préférence pour la responsabilité en tant que commandité de l'entrepreneur – Aussi, à ce constat de l'état du droit où se réalise le plus souvent de manière indirecte un retour à la figure de la commandite via la responsabilisation de fait du chef d'entreprise, on est tenté de répondre par une consécration nette qui en évite les effets pervers et le champ d'application hasardeux et qui viserait ainsi directement ceux qui, en tant qu'associés, tirent profit de l'activité en plus de s'être désignés pour tenir la barre du navire social.

Si donc, en tout état de cause, l'entrepreneur ne bénéficie pas le plus souvent de la limitation de sa responsabilité et que la SSPRL est inapte à lever les craintes qu'une

²¹⁷⁰ V. C. com. art. L. 222-6 et *infra* n° 758 et s.

²¹⁷¹ V. *supra* n° 688 et s. et n° 619 et s.

²¹⁷² *Ibid.*

création d'entreprise inspire, autant que la mise en œuvre de la responsabilité de cette sorte d'associé bénéficie à l'ensemble des créanciers sociaux dans le respect de la hiérarchie des privilèges plutôt qu'aux seuls créanciers économiquement puissants.

De même, puisque la responsabilité pour insuffisance d'actif du dirigeant s'explique essentiellement par le besoin de tenir l'un des acteurs responsable des affaires sociales²¹⁷⁴ et qu'une telle mesure, discutable en son principe en ce qu'elle vise le dirigeant *ès qualités*, semble essentiellement puiser sa légitimité du fait qu'en pratique elle concerne le plus souvent le ou les associés-entrepreneurs au travers de leur qualité de dirigeant²¹⁷⁵, on est alors tenté de réaliser nettement cette coïncidence en affirmant la responsabilité de principe des associés entrepreneurs. Et la structure de la commandite offre un moyen de réalisation simple à cette fin.

Certes, en choisissant de faire découler la responsabilité du chef d'entreprise de sa qualité de commandité plutôt que de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif lorsque c'est par ce biais qu'elle se réalise, on se débarrasserait de l'exigence de faute de gestion ; mais cette exigence n'apparaît-elle pas comme quelque peu artificielle ? Bien que la réglementation contemporaine tende quelque peu à replacer l'action en insuffisance d'actif dans le giron de la responsabilité pour faute²¹⁷⁶, celle-ci ne semble aujourd'hui encore qu'un prétexte, la mesure s'expliquant pour l'essentiel par l'objectif – légitime – de désigner au sein de ces structures, un garant d'une conduite probe susceptible de répondre personnellement des affaires sociales.

760. L'échec aux stratégies d'irresponsabilité totale – Par ailleurs, rappelons que lorsqu'aucun de ces biais de responsabilisation (garanties conventionnelles ou action en insuffisance d'actif) ne joue, le régime contemporain des SSPRL permet à ceux qui savent habilement le manier de se ménager un régime d'irresponsabilité totale ce que permettrait

²¹⁷³ F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit. n°297, p. 297.

²¹⁷⁴ Rappr. F. DERRIDA, note ss T. com. Pontoise, 26 janv. 1979, *D.* 1979, p. 457, spéc. p. 460. Et rappr. H. LEPAGE, *Pourquoi la propriété ?*, op. cit. spéc. p. 129.

²¹⁷⁵ Rappr. supra note 2165.

²¹⁷⁶ V. *supra* n° 752. On remarquera également que le législateur est venu récemment modifier la définition de la faute de gestion pour en exclure « simple négligence dans la gestion de la société » (L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique : v. M. MENJUCQ, « La négligence ne peut plus fonder l'action en "comblement de passif" », *Rev. proc. coll.* 2017, repère 1 ; F.-X. LUCAS, « Réforme de l'action en "comblement de passif" », *BJS* janv. 2017, p. 1 ; P. ROUSSEL-GALLE, « Le mieux est parfois l'ennemi du bien ! » ; *Rev. proc. coll.* 2016, repère 4 ; F. PEROCHON, « Sous la loi Sapin un cadeau de Noël pour le dirigeant d'entreprise », *BJE* janv.-févr. 2017, 114 c8, p. 1.

de neutraliser le choix de réorganiser l'ensemble des SSPRL existantes sous la forme de la commandite²¹⁷⁷.

761. Enfin, il convient de conserver à l'esprit qu'au contraire de la limitation de la responsabilité du bailleur de fonds qui peut puiser ses fondements historiques et logiques dans la proximité de la situation de cet acteur avec celle d'un simple prêteur de deniers (que nul ne songe à tenir responsable de l'activité financée)²¹⁷⁸, la limitation de responsabilité de l'entrepreneur ne peut quant à elle se justifier d'aucune manière sinon par le seul objectif de politique économique d'incitation à l'entrepreneuriat²¹⁷⁹. Or ce dernier nous a justement paru être tenu en échec par les phénomènes qui ont été décrits.

762. Accessoirement, la réalisation opportune d'une distinction entre catégorie d'associés commandée par d'autres impératifs – Pour des enjeux divers et souvent bien plus vastes que la seule répartition du risque social, nombreux sont les auteurs qui ont prôné la consécration juridique de la distinction sociologiquement constatée entre les différentes sortes d'actionnaires pour des raisons tenant le plus souvent à une destitution ou un affaiblissement des pouvoirs politiques des simples bailleurs de fonds et ce, afin d'apporter un traitement juridique adapté à une pratique économique trop répandue pour être ignorée²¹⁸⁰.

Monsieur le professeur Lucas exhortait par exemple à l'établissement d'une ligne de partage, non pas « entre ceux qui sont actionnaires et ceux qui ne le sont pas », mais « entre les associés et les investisseurs »²¹⁸¹, et la consécration d'une telle distinction est souvent prônée pour les vertus qu'elle pourrait avoir en de très nombreux pans de

²¹⁷⁷ V. *supra* n°584 et s..

²¹⁷⁸ V. *supra* n° 164 et s.

²¹⁷⁹ V. *supra* n° 227 et s. et 236 et s.

²¹⁸⁰ Rapp. par exemple L. MAZEAUD « La souveraineté de fait dans les sociétés anonymes en droit français », *Travaux de l'association H. Capitant*, t. XV, 1963, p. 330 et s. Ou encore pour un exemple plus récent et émanant de la doctrine économique, v. B. ATTALI, F. FAURE et P. FERRACCI, « Pour une nouvelle alliance entre capital financier et humain », *Les Échos*, 4 et 5 août 2017, p. 6. Rapp. F.-X. LUCAS, « Du contrat de société au contrat d'investissement », *RD bancaire et fin.*, mars-avr. 2005, p. 50 et s. ; « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? ... » *art. cit.* ; *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, op. cit.* ; M. JEANTIN, « Observations sur la notion de catégorie d'action » : *D.*, 1995, p. 88 ; E. CLAUDEL, « Clauses léonines extrastatutaires. Les voies d'un compromis » in *Prospectives du droit économique, dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 183 et s. ; Cl. CHAMPAUD, « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires » in *Prospectives du droit économique, dialogues avec M. Jeantin, op. cit.*, p. 161 ; Ph. REIGNE et Th. DELORME, « Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire », *D., cah. dr. aff.*, 2002, p. 1330 et s.

²¹⁸¹ F.-X. LUCAS, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? ... », *art. cit.*

notre droit positif²¹⁸². Mais si cette ambition s'est heurtée à la laborieuse recherche des critères qui permettraient d'opposer ces deux catégories d'actionnaires²¹⁸³, on peut se demander si la doctrine n'est pas allée chercher trop loin ce qui se trouvait à ses pieds. L'ancestrale commandite paraît en effet une réponse parfaitement adaptée en son principe à ce besoin de distinction qu'exprimait M. Lucas : si le commanditaire est aujourd'hui couramment perçu comme un associé, il n'en a pas toujours été ainsi et son statut conserve encore à de nombreux égards les traces de cette fonction initiale de strict bailleur de fonds²¹⁸⁴ ; il est ainsi courant d'enseigner, aujourd'hui encore, que la commandite réalise « l'association des entrepreneurs et des investisseurs »²¹⁸⁵. Aussi il n'est besoin, pour réaliser la distinction prônée par cette frange de la doctrine, d'aucune hasardeuse construction nouvelle car il suffit de revenir à la première forme de SSPRL qui fut.

Ainsi, en plus des avantages que nous lui reconnaissons sur le terrain de la limitation de la responsabilité, notre proposition d'un retour à la commandite pourrait offrir aux thèses évoquées un biais simple et efficace de réalisation et présenter partant les intérêts que les défenseurs de cette distinction entre actionnaires lui prêtent.

2. Modalités d'un retour à la commandite et aménagement éventuels.

763. La consécration de la dualité de sortes d'associés intervenant en SSPRL et leur classement en deux catégories distinctes afin de réaliser une juste corrélation entre le degré d'immixtion dans les affaires sociales et le degré de responsabilité qu'ils encourent nous a

²¹⁸² V. par exemple, à propos de la distinction que la jurisprudence tente tant bien que mal d'établir entre les divers porteurs de part, pour leur appliquer un régime distinct sur la question de la prohibition des clauses léonines, Cass. com., 16 nov. 2004, n° 00-22.713, *Dr. sociétés* 2005, comm. 12 ; *D.* 2004, p. 3144, note A. LIENHARD ; *Bull. Joly* 2005, p. 270, note N. MATHEY ; *RTD com.* 2005, p. 111, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Rev. sociétés* 2005, p. 593, note H. LE NABASQUE ; *JCP E* 2005, 131, obs. J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER ; *Dr. et patrimoine* févr. 2005, p. 133, note D. PORACCHIA ; *RD bancaire et fin.* janv.-févr. 2005, p. 32, note A. COURET ; *RDC* 2005, p. 3.96, note F.-X. LUCAS ; Cass. com., 27 sept 2005, n° 02-14.009, *Dr. sociétés* 2005, comm. 210 ; H. LECUYER et comm. 217, H. HOVASSE ; *D.* 2005, p. 2681, note A. LIENHARD ; *Bull. Joly* 2006, p. 92, note A. COURET ; *Banque et droit* mars-avr. 2006, p. 58, note I. RIASSETTO ; *RDC* 2006, p. 443, obs. F.-X. LUCAS ; *RTDF* juin 2006, p. 93, obs. F. COHEN et J.-F. LOUIT. Et rapp. *supra* n° 306.

²¹⁸³ Rapp. pour une approche récente du problème, E. CASIMIR, *op. cit.*

²¹⁸⁴ V. *supra* n° 164.

²¹⁸⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, 32^{ème} éd. p. 548, et v. aussi n° 1682, p.674.

donc semblé en son principe assez pertinente²¹⁸⁶. Et telle est la raison pour laquelle il est possible de suggérer que la commandite remplace les différentes formes de SSPRL existantes. Sa déclinaison en commandite simple et en commandite par actions devrait lui permettre de couvrir un large spectre des besoins de la pratiques. Bien entendu, le retour à cette forme de SSPRL en remplacement de toutes les autres priverait peut-être le droit des sociétés de la souplesse acquise au fil des réformes et qui semble un objectif majeur du droit contemporain²¹⁸⁷. Celle-ci s'acquérant cependant au prix d'une perte de cohérence de la matière²¹⁸⁸, on peut aussi estimer qu'il n'est pas nécessairement inopportun de revenir à davantage d'orthodoxie et de mettre un terme à l'état du droit des sociétés qui, à force de souplesse, semble avoir été réduit à un vaste jeu de Meccano où chacun est libre de puiser à sa guise parmi les différents éléments de constructions à disposition afin de créer discrétionnairement le régime qui lui serait le plus favorable²¹⁸⁹.

En tout état de cause, s'il peut sembler pertinent de limiter le jeu de la limitation de la responsabilité à la seule commandite afin de n'en faire bénéficier que le simple apporteur de fonds, quelques précisions peuvent être apportées quant à la manière dont cette structure pourrait idéalement réaliser un régime de limitation des risques cohérent et qui éviterait les inconvénients du droit contemporain.

Après avoir évoqué la question de la portée de la prohibition de l'immixtion du commanditaire dans la gestion des affaires sociales (a.), il conviendra de soulever le problème que posent les structures unipersonnelles à une telle réalisation (b.) et de s'interroger sur l'option qui consisterait à indexer le régime de la responsabilité du commandité sur celui des dirigeants tenus responsables de l'insuffisance d'actif (c.).

²¹⁸⁶ Rappr. P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés », in *Mélanges A. Sayag*, p. 227 et s., spéc. p. 235 : « Aussi, faut-il affirmer d'une manière générale la responsabilité illimitée des actionnaires majoritaires qui se lancent dans des opérations risquées en espérant garder pour eux les bons risques et transférer les mauvais aux créanciers sociaux. Aucun des arguments qui justifient à l'ordinaire la limitation de responsabilité des associés ne peut être invoqué à leur profit. Comme l'a souligné le professeur Philippe Blumberg, aucune des justifications traditionnelles de la limitation de la responsabilité des actionnaires ne se retrouve dans le cas de l'actionnaire majoritaire (...). Entendons nous bien : il ne s'agit pas, semble-t-il, de poser en règle que tout actionnaire majoritaire est, de droit, responsable des dettes de la société comme s'il en était le commandité, mais de garder en réserve la menace d'une responsabilité en cas de *wrongful trading* ». On peine cependant à comprendre la solution médiane que prône finalement M. le professeur Didier : si, ainsi que l'auteur semble le penser, la limitation de responsabilité de l'associé majoritaire est dépourvue de tout fondement, alors pourquoi ne lui en retirer le bénéfice qu'en cas de négligence fautive (« *wrongful trading* ») ?

²¹⁸⁷ Rappr. *supra* n° 516 et s.

²¹⁸⁸ *Idem*.

a. Le retour à la commandite originelle : la redéfinition du rôle du commanditaire

764. Si nous avons jusqu'ici défendu un retour de la limitation de la responsabilité dans son berceau initial que constitue la commandite c'est parce que cette forme sociale s'organise autour d'une distinction entre deux catégories d'associés dont croit à la pertinence de principe.

Au vrai cependant, le régime de la société en commandite semble avoir quelque peu dérivé au fil des siècles et ne pas donner pleinement satisfaction aujourd'hui²¹⁹⁰. On sait en effet qu'après quelques hésitations, le droit positif a finalement opté pour n'interdire au commanditaire que l'immixtion dans la gestion externe de la société, sans qu'en interne, il ne lui soit fait défense de diriger effectivement les affaires sociales tant qu'il n'apparaît pas aux yeux des tiers. Un tel choix est surprenant dans la mesure où la limitation de responsabilité dont le commanditaire bénéficie se justifie historiquement par son extériorité aux affaires sociales et la proximité de sa situation originelle avec celle du prêteur de deniers²¹⁹¹. Malgré toutefois l'expression de réticences à cette solution émanant notamment du tribunal de cassation, le Code de commerce de 1807, prit finalement ce parti²¹⁹² (ce qui ne l'empêchait pas de qualifier pourtant expressément le commanditaire de « bailleur de fonds »²¹⁹³).

765. La position injustifiée du droit contemporain – Aujourd'hui, on peine à justifier cette sorte de demi-mesure qui consiste à interdire aux commanditaires

²¹⁸⁹ Rapp. not. *supra* n°237 et s.

²¹⁹⁰ Sur la longue évolution de la société en commandite, v. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, n° 162 et s.

²¹⁹¹ V. *supra* n° 164 et s. Rapp. également, F. MASSON, « Les métamorphoses de l'associé », *Rev. Sociétés* 2016, p. 84 et s., spéc. n°12.

²¹⁹² V. *supra* n°181 et s. Le tribunal de Cassation s'était en effet, à l'occasion de la rédaction du Code de commerce – et à l'instar de certaines cour d'appel et de certains auteurs – montré farouchement opposé à l'admission des commanditaires aux assemblées générales, et semblait défavorable à l'octroi d'un pouvoir de direction, sinon même de surveillance aux commanditaires (v. notamment sur ce point, R. TROPLONG, *Le code civil expliqué*, t.1, *Le contrat de société*, 1843, *op. cit.*, n°422 et s., p. 390 et s.). Pourtant cette opinion a pu surprendre certains commentateurs, à commencer par Troplong, (*ibid.*), arguant que l'immixtion du commanditaire dans la gestion était déjà admise de longue date (v. aussi J. Hilaire, *op. cit.*, p. 195, n°113).

²¹⁹³ Art. 23. Rapp. P. et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, tome 2, *Les sociétés commerciales*, n°920, p. 721

d'apparaître au yeux des tiers (même en vertu d'une procuration²¹⁹⁴ ou même encore au simple stade de la préparation de l'acte²¹⁹⁵) sans être déchu de leur statut et perdre le bénéfice de limitation de responsabilité qui en découle, tout en admettant qu'ils puissent contrôler en interne la marche de la société²¹⁹⁶. L'explication la plus souvent donnée, selon laquelle cette mise en retrait du commanditaire découlerait de la nécessité qu'il y aurait de ne pas tromper les tiers, lesquels seraient sinon susceptibles de croire à sa responsabilité indéfinie²¹⁹⁷, ne convainc absolument pas. Le gérant non associé ne contracte-t-il pas au nom de la société alors pourtant qu'il n'est nullement tenu des dettes qu'il contracte pour son compte ? Personne ne voit dans une telle situation la source d'un péril quelconque pour les tiers²¹⁹⁸ ! Et si l'on autorise un étranger à la société à conclure un acte au nom de celle-ci en vertu d'une procuration, pourquoi prétendre que, lorsque ce mandataire est un commanditaire, les tiers viendraient plus facilement à croire que le mandataire supporterait personnellement les dettes qu'il contracte au nom d'autrui ?

Quelquefois, la justification historique voulant que l'exigence de retrait du commanditaire s'explique par l'idée que tel est la contrepartie de la limitation de sa responsabilité²¹⁹⁹ est encore enseignée²²⁰⁰. Néanmoins, en l'état du droit positif où il est simplement fait défense au commanditaire de se présenter aux yeux des tiers tandis qu'il peut dicter, en sous-main, la politique sociale, on peine à comprendre le lien de cause à effet qui unirait les deux idées²²⁰¹. Cette explication ne paraît propre

²¹⁹⁴ C.com., art. L. 222-6. V. *Répertoire des sociétés* Dalloz, « Commandite simple – Gérance de la société en commandite simple » par D. GIBIRILA, spéc. n°63 ; Encyclopédie *Lamy sociétés commerciales*, n°2898 et s.

²¹⁹⁵ V. Encyclopédie *Lamy sociétés commerciales*, n°2901 ; Cass. civ. 28 mai 1921, *DP* 1924. 1. 214.

²¹⁹⁶ Sous réserve toutefois du risque d'encourir la qualification de dirigeant de fait et d'être alors soumis au régime de responsabilité pour insuffisance d'actif à ce titre (V. *Répertoire des sociétés* Dalloz, « Commandite simple – Gérance de la société en commandite simple » par D. GIBIRILA, spéc. n°67 et s.).

²¹⁹⁷ V. par exemple, M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.* 32^{ème} éd., n°1686, p. 676 ; encyclopédie *Lamy sociétés commerciales*, *op. cit.* n°2899.

²¹⁹⁸ Rappr. *Répertoire des sociétés* Dalloz, « Commandite simple – Gérance de la société en commandite simple » par D. GIBIRILA, spéc. n°60.

²¹⁹⁹ V. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, n° 162 et s.

²²⁰⁰ V. ainsi *Répertoire des sociétés* Dalloz, « Commandite simple – Gérance de la société en commandite simple » par D. GIBIRILA, spéc. n°60.

²²⁰¹ V. encore l'encyclopédie *Lamy sociétés commerciales*, *op. cit.*, n°2899 qui formule de manière quelque peu différente la justification précédemment évoquée de la défense d'immixtion faite au commanditaire : « la volonté de préserver l'indépendance des commandités, qui répondent seuls sur leurs biens personnels du passif social et qui conservent ainsi le pouvoir d'agir ». Mais une fois encore, cette justification ne convainc pas. Si tel était le véritable fondement de la défense de gestion, alors il devrait emporter plus généralement une prohibition de tout acte de gestion interne : les commandités, supportant la responsabilité des affaires sociales, devraient être effectivement en mesure de décider seuls de la direction de celle-ci. De même, on ne comprend pas d'ailleurs comment cette prétendue volonté de conserver l'indépendance des commandités pourrait conduire à interdire au commanditaire d'agir pour le compte de la société en vertu d'une procuration.

qu'à justifier une défense générale d'immixtion dans les affaires sociales à raison de la proximité de cette attitude avec celle d'un prêteur de deniers²²⁰².

Ainsi la solution intermédiaire retenue par le droit positif qui consiste à borner la portée de la prohibition de gestion du commanditaire à la seule gestion externe apparaît à la réflexion dépourvue de tout fondement.

766. La défense d'immixtion du commanditaire éclairée par ses justifications initiales et rationnelles – Le régime de la commandite ne se comprend par le lien unissant la limitation des risques du commanditaire et la défense d'immixtion dans les affaires sociales qui lui est faite qu'à condition d'intégrer au champ de cette prohibition la gestion « interne » comme « externe ». La structure de cette forme sociale s'explique alors par cette ligne de symétrie, claire, simple et conforme aux grands axiomes du droit de la responsabilité que le doyen Rousseau formulait de cette manière : « d'un côté tous les pouvoirs et toutes les responsabilités ; de l'autre aucun pouvoir, aucune responsabilité, seulement les risques et les profits d'une participation pécuniaire à une entreprise commerciale »²²⁰³. La soustraction à l'aléa social dont jouit le commanditaire s'explique par la proximité initiale de sa situation avec celle d'un prêteur et, partant, le fait qu'il n'intervient pas dans la gestion de la société²²⁰⁴.

767. Le nécessaire retour à une défense d'immixtion dans la gestion interne – Et c'est donc cette forme de commandite « primitive »²²⁰⁵ qui renouerait avec son équilibre originel que les analyses développées jusqu'ici nous conduisent à réclamer. Si nous estimons que le bailleur de fonds doit bénéficier d'une limitation de sa responsabilité au montant de son apport, au contraire de l'entrepreneur, c'est à la condition qu'il ne soit véritablement qu'un bailleur de fonds et non pas un entrepreneur qui jouirait d'un avantage indu au seul motif qu'il établirait dans l'ombre plutôt qu'au plein jour la politique sociale. Seul devrait donc être tolérée pour pouvoir jouir du bénéfice du statut de commanditaire

²²⁰² À propos de cette justification, v. *supra* n°168 et s.

²²⁰³ H. ROUSSEAU, « Commanditaires et commandités dans la commandite par actions », *Études Ripert*, tome 2, LGDJ, 1950, p. 334 et s., spéc. p. 340 et s.

²²⁰⁴ V. à propos du lien entre droit de vote et aléa social, C. COUPET, *op. cit.* n°95 et s. et 399 et s.

²²⁰⁵ V. *supra* n° 181 et s.

une fonction de surveillance lointaine de l'activité menée par les commandités, ce qui rapprocherait très nettement leur statut de celui des obligataires²²⁰⁶.

Et l'on pourrait simplement pour cela généraliser le régime de la société d'exercice libéral constituée sous forme de commandite par actions (SELCA)²²⁰⁷ où, par exception au droit commun, les commanditaires sont alors tenus à une stricte abstention de gestion, interne comme externe²²⁰⁸.

b. La question des SSPRL unipersonnelles

768. La condamnation des SSPRL unipersonnelles – S'il fallait mener à son terme le raisonnement tenu jusqu'ici et déchoir du bénéfice de limitation de responsabilité les entrepreneurs pour ne le réserver qu'aux investisseurs, cela devrait nous conduire à prôner non seulement la substitution de la commandite à toutes les formes de SSPRL existantes, mais vraisemblablement aussi à la suppression des SSPRL unipersonnelles. Il serait difficile en effet de prétendre que l'associé unique d'une SSPRL n'est qu'un bailleur de fonds qui se désintéresse de l'entreprise sociale pour justifier l'application à son égard du régime du commanditaire. Ces structures juridiques ont d'ailleurs toujours été pensées comme une réponse au besoin de protection des entrepreneurs individuels et semblent effectivement utilisées essentiellement par ceux-ci.

Aussi hérétique qu'elle puisse sembler, cette conclusion mérite cependant d'être défendue. En effet puisque le plus souvent l'associé unique, chef d'une entreprise modeste, sera tout à la fois responsable de son entreprise à raison des garanties conventionnelles consenties et courra par ailleurs le risque d'une responsabilité pour insuffisance d'actif en sa qualité de dirigeant²²⁰⁹, il assumera le risque d'entreprise malgré la prétendue protection offerte dans une mesure bien supérieure à la seule perte de son apport et ce d'une manière déplorable pour les effets collatéraux pointés

²²⁰⁶ Rapp. à propos du brouillage des frontières entre associé et obligataire en droit positif contemporain, v. not. C. BARRILLON, *Le critère de la qualité d'associé*, op. cit p 361 et s., n°558 et s. ; R. BOFFA et J.-C. DUHAMEL, « La distinction associé créancier à l'épreuve du risque, Analyse juridique appliquée au private equity », CRDPD univ. Lille II, Mission de recherche droit et justice, juill 2013.

²²⁰⁷ Instituée par la loi no 90-1258 du 31 décembre 1990.

²²⁰⁸ V. *Répertoire des sociétés* Dalloz, « Commandite simple – Gérance de la société en commandite simple » par D. GIBIRILA, spéc. n°58.

²²⁰⁹ Rapp. *supra* n°648 et s.

précédemment. Aussi, si en l'état du droit positif, les SSPRL unipersonnelles sont incapables de remplir leurs fonctions et qu'elles ne sont *in fine* qu'un outil de captation des richesses des petits entrepreneurs par les créanciers puissants, la limitation de la responsabilité qu'elles organisent mérite d'être supprimée. On pourrait éventuellement concevoir que subsistent des structures sociales unipersonnelles, car elles peuvent être utiles à l'entrepreneur pour organiser son activité, mais il conviendrait d'amputer leur régime de la limitation de responsabilité de l'associé unique. Une telle évolution ne devrait donc nullement bouleverser l'état du droit positif, surtout si l'on devait retenir, en parallèle, la proposition qui suit.

c. La modulation de la responsabilité par le juge

769. Un pouvoir de modulation inspiré du régime de responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif – Plutôt que de prôner un retour net à la responsabilité totale de l'entrepreneur, on pourrait suggérer de s'inspirer de la manière dont le dirigeant est tenu responsable de l'insuffisance d'actif de la société lors de sa liquidation. On sait en effet que dans ce cadre c'est au juge qu'il appartient de décider s'il convient de faire supporter « en tout ou partie » le montant de l'insuffisance d'actif aux dirigeants fautifs et, le cas échéant donc, de fixer ce montant²²¹⁰. Or de la même manière, on pourrait envisager de laisser aux juges la charge de déterminer la proportion de pertes qu'il conviendrait de faire supporter aux entrepreneurs, commandités ou associés uniques des structures unipersonnelles. Les magistrats pourraient alors prendre en considération divers éléments comme la manière dont la société fut gérée et l'éventuelle légèreté dont les entrepreneurs firent preuve dans la direction et la constitution de leur entreprise, mais aussi l'actif disponible au sein du patrimoine personnel des entrepreneurs.

770. En adoptant cette faculté de modulation par le juge, on parviendrait à réaliser une certaine limitation du risque des associés entrepreneurs qui devrait permettre d'éviter que leur échec en affaire ne les conduise à une ruine totale et définitive et par là, peut-être, lever les craintes qu'inspire l'aventure entrepreneuriale conformément aux souhaits du

²²¹⁰ V. art. L. 651-2 C. com.

législateur, tout en conservant les effets justes et vertueux de la responsabilité dont les fonctions normative et indemnitrice ne seraient pas trop écornées²²¹¹.

D'une part en effet, l'entrepreneur verrait peser sur lui une menace réelle qui l'inciterait à la diligence et à la probité²²¹², d'autre part ses richesses serviraient au désintéressement des créanciers sociaux dans le respect de l'ordre des privilèges ; et la faculté de modulation par le juge devrait enfin permettre de ménager à l'entrepreneur malchanceux mais non manifestement incapable²²¹³, une possibilité de rebond²²¹⁴.

La solution concilie donc la possibilité de réalisation des fonctions de la responsabilité et une certaine limitation du risque de l'entrepreneur sans pouvoir pour autant conduire à cette situation que permet le droit actuel²²¹⁵ où l'entrepreneur, après s'être largement enrichi de son affaire et avoir organisé les conditions d'une vie opulente durant les périodes fastes de son entreprises, laisse, une fois ces dernières révolues, les conséquences de la débâcle à ceux qui eurent la naïveté de lui faire crédit.

Naturellement cependant, pour que le juge puisse se prononcer sur la part de dettes sociales qu'il convient de faire supporter aux commandités et afin que les différents créanciers supportent de manière égalitaire la réduction de leurs droits, il semble qu'il faille revenir au système en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2006 qui impliquait que la procédure de redressement ou de liquidation de la personne morale emporte ouverture d'une procédure semblable pour les associés indéfiniment et solidairement responsables du passif social²²¹⁶.

²²¹¹ Rappr. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n°34 et s., p. 76 et s. ; Ph. DIDIER, « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *art. cit.*

²²¹² Rappr. H. LEPAGE, *op. cit.*, p. 129 : « la responsabilité financière personnelle qu'implique son statut de « créancier résiduel » constitue une sorte de gage qui garantit à ses partenaires que leur agent central, leur « patron », fera bien tout ce qui est en son pouvoir et dans ses capacités pour éviter des pertes qui menaceraient la survie même de leur association productive. »

²²¹³ Le terme est évidemment entendu ici dans son sens commun.

²²¹⁴ Rappr. à propos de la possibilité pour le juge d'octroyer un délai de grâce au débiteur « compte tenu de la situation économique » (que prévoyait alors l' art. 1244 C. civ ; rappr. art. 1345-3 actuel), G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D.H.* 1936, chr. p.57 et s.

²²¹⁵ Rappr. *supra* n°675 et s.

²²¹⁶ V. anc. art. L. 624-1 C. com, modifié par la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 : « Le jugement qui ouvre le redressement ou la liquidation judiciaires de la personne morale produit ses effets à l'égard de toutes les personnes membres ou associées de la personne morale et indéfiniment et solidairement responsables du passif social. Le tribunal ouvre à l'égard de chacune d'elles une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire selon le cas ».

771. Remarquons enfin que si l'on acceptait l'idée selon laquelle le juge doit être doté du pouvoir d'établir le montant de dettes sociales impayées dont l'entrepreneur doit être tenu responsable, il faudrait veiller à ce qu'une telle règle ne puisse être trop facilement contournée par le biais des sûretés conventionnelles comme c'est le cas aujourd'hui. On pourrait imaginer que l'associé entrepreneur – commandité ou associé unique – puisse se prévaloir vis-à-vis du créancier social qui prétendrait l'appeler en paiement en vertu d'une garantie personnelle ou qui prétendrait réaliser une sûreté réelle, de la réduction du montant couvert par la garantie au montant auquel l'associé serait, *és qualités*, condamné au titre de son obligation aux dettes sociales.

772. Conclusion de paragraphe – Ainsi par ce biais, au rebours de la manière dont se réalise la responsabilité de l'entrepreneur en l'état du droit positif, le patrimoine des associés entrepreneurs serait ouvert, non plus seulement aux seuls créanciers sociaux puissants mais, de manière plus égalitaire, à l'ensemble de ceux-ci.

Certes les créanciers puissants pourront toujours se faire consentir des sûretés réelles sur les biens les plus précieux des entrepreneurs, mais à tous le moins, ils entreront alors en conflit avec les créanciers privilégiés de la société et le conflit se résoudra alors par le rang des privilèges dont chacun peut se prévaloir, sans que cette hiérarchie ne puisse être court-circuitée par le jeu de la personnalité morale étanche qui ne joue qu'au détriment des créanciers faibles comme tel est le cas à l'heure actuelle²²¹⁷.

Cette généralisation de la commandite devrait aussi rendre impossible la créations de structures organisant une irresponsabilité totale de l'ensemble de ses membres.

Naturellement, cette responsabilisation de l'associé entrepreneur devrait s'accompagner de l'abandon du régime de responsabilité pour insuffisance d'actif grâce auquel la responsabilité des dirigeants sociaux est recherchée en cas d'échec de l'entreprise puisqu'il est justement question de lui substituer le commandité dans ce rôle de garant de la société.

²²¹⁷ V. *supra* not. n° 619 et s. et 689 et s.

773. On pourrait supposer que cette substitution de la commandite aux formes sociales existantes aurait pour conséquence un recours généralisé à l'assurance, de la même manière que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif a conduit les dirigeants à s'assurer massivement contre le risque d'une telle action²²¹⁸. Cette observation nous amène à une piste nouvelle qu'il convient d'envisager.

§2. Contrôle et gestion du risque des SSPRL supporté par la collectivité.

774. Sous un prisme économique, rappelons que le phénomène contemporain de limitation de la responsabilité de l'associé peut s'analyser de la manière suivante : pour les bienfaits socio-économiques que les entreprises sont supposées apporter à la collectivité dans son ensemble, l'ordre juridique cherche à favoriser leur créations et leur développement, ce qui passe par l'octroi d'un régime de faveur à ceux qui sont susceptibles d'y œuvrer²²¹⁹. Aussi, par les instruments que sont les SSPRL, le législateur contemporain entend soustraire aux risques d'entreprise qu'ils devraient normalement subir, ceux qui organisent et retirent le profit de l'activité entrepreneuriale. Ce risque auquel ils sont soustraits se reporte naturellement, on a eu l'occasion de le dire, sur la collectivité qui devra par conséquent supporter le coût de la mise à l'abri du patrimoine personnel des associés²²²⁰.

Ce régime qui œuvre donc à une socialisation des risques d'entreprise malgré la privatisation de ses profits²²²¹ tire alors sa légitimité du fait qu'il est supposé bénéficier *in fine* à la collectivité dans son ensemble grâce aux retombées économiques qu'on lui prête.

La légitimité de la mesure suppose partant *a priori* que le gain que tire la collectivité de l'accroissement d'activité entrepreneuriale (par les vertus économiques attendues) soit supérieur à ce que lui coûte la mesure de faveur destinée à faire advenir cet accroissement d'activité.

²²¹⁸ Sur ce phénomène, v. not. A. COURET et *alii*, « Assurance de responsabilité pour les dirigeants », *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 760 et s.

²²¹⁹ V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, n° 236 et s.

²²²⁰ V. *supra* n° 682 et s.

²²²¹ Rapp. P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés », *art. cit.*, spéc. p. 234 : « La limitation de responsabilité est une incitation forte pour les actionnaires majoritaires ou les dirigeants sociaux à prendre des initiatives risquées dont ils auront le bénéfice si elles tournent bien et dont les créanciers sociaux supporteront les conséquences si les choses ne sont pas ce que l'on espérait ».

Naturellement, nous ne saurions nous prononcer sur le solde d'un tel bilan. Reste que l'appréhension du phénomène sous ce prisme peut conduire à prôner la mise en place de quelques mesures destinées à garantir la collectivité que la balance ne penchera pas excessivement en sa défaveur. On pourrait envisager, d'une part, l'établissement d'une procédure d'élection des entreprises dignes de ce régime de faveur (A). D'autre part, la mise en place un système d'assurance obligatoire qui prendrait en charge les risques que font peser ces instruments juridiques que sont les SSPRL sur la collectivité (B).

Rappelons que l'ordre de présentation des différentes propositions que nous formulons ici ne préjuge nullement de la préférence que nous leur attribuons, non plus que de la manière dont elles devraient éventuellement être combinées entre elles. Aussi, si par exemple le législateur venait à consacrer la commandite comme seule forme sociale à risque limitée, les deux propositions que nous nous apprêtons à envisager, bien que possibles, perdraient une grande part de leur raison d'être.

A. L'attribution du régime subordonné à une procédure électorale

775. Principe – Tout d'abord, compte tenu du coût pour la collectivité du régime de faveur accordé aux utilisateurs de SSPRL, il pourrait être envisageable d'établir que son bénéfice soit subordonné à l'obtention d'une autorisation singulière qui découlerait d'une appréciation circonstanciée du projet envisagé.

Ainsi, à la manière dont une banque consent un crédit ou un organisme une subvention, il pourrait être envisagé que la collectivité, par l'intermédiaire de ses institutions, n'accorde ce régime de faveur qu'après avoir estimé que, eu égard à la pertinence et à la viabilité du projet entrepreneurial projeté, il est dans son intérêt de consentir à prendre le risque d'une mise à sa charge des pertes de l'entreprise en cas d'échec.

776. La mortalité infantile des entreprises, limite à la promotion de l'entrepreneuriat – Conscients du péril que constituent ces entreprises lancées à la légère et dont la collectivité devra supporter la prévisible débâcle ainsi que du caractère

préoccupant du taux élevé de « mortalité infantile des entreprises », certains auteurs ont pu prôner de revenir quelque peu sur le dogme de la promotion d'entreprendre à tout va²²²² et ont pu soutenir l'idée d'ériger quelques « barrières à l'entrée »²²²³, comme par exemple la mise en place d'un « permis d'entreprendre »²²²⁴.

En l'état du droit positif, quelques mesures minimales visent à s'assurer que les entrepreneurs disposent à tout le moins d'un viatique de connaissances minimum pour s'engager dans une aventure entrepreneuriale²²²⁵ mais leur portée semble en réalité assez faible²²²⁶. Et hormis un contrôle extrêmement superficiel par le greffe du tribunal de commerce de la réunion apparente des éléments juridiques requis pour la constitution de la SSPRL, chacun paraît libre de déclencher de manière quasi discrétionnaire la mise en œuvre de ce régime²²²⁷.

777. La portée du contrôle proposé définie par ses justifications – Compte tenu de sa gravité, il pourrait être envisagé de faire dépendre l'octroi du bénéfice de SSPRL d'une procédure où les demandeurs auraient à convaincre de la viabilité de leur projet et du caractère raisonnable de la prise de risque qu'il est demandé à la communauté de supporter par rapport aux avantages que celle-ci pourrait tirer de l'entreprise projetée²²²⁸. Le régime de limitation de responsabilité ne serait plus octroyé alors qu'à la condition que la collectivité estime pouvoir tirer un profit de la faveur réclamée, à la manière dont jadis,

²²²² V. not. L. ARCELIN, « La création d'une entreprise non viable ou les limites de l'initiative économique », *LPA*, 2 mars 2004, p. 4 et s., spéc. p. 6 ; rapp. F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS, « Philosophie de la réforme, Observations critiques », *LPA* 14 sept. 1994, numéro spécial « La réforme du droit des entreprises en difficulté », p. 6 et s., spéc. note 42 p. 11 : « Ne pourrait-on pas commencer immédiatement en réduisant la démographie galopante des créations d'entreprises, dont la mortalité infantile est relevée de toute part ? La réduction et même la suppression des subventions qui sont offertes à ceux qui veulent tenter leurs chances, l'exigence d'un capital minimum sérieux pour la création de nouvelles sociétés, sont des mesures d'assainissement qui peuvent être prises immédiatement ». Rapp. P.-J. MAERTENS, *Commentaire de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis*, Imprimerie de Polack-Duvivier, 1851, notamment n° 8 : « Quand le nombre des affaires augmentent, ce ne sont pas seulement les bonnes qui s'accroissent ; une part en toutes choses est réservée au mal ».

²²²³ F. PÉROCHON et Y. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiements*, LGDJ, coll. Manuel, 8^e éd., 2009, n° 28.

²²²⁴ A ce propos, v. C. GALOKHO « Les atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie résultant de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises », *RTD com.* 2014, p. 489 et s., spéc. n°9, « Pour réduire le nombre de défaillances, certains ont pu avancer l'idée d'un permis d'entreprendre qui serait aux activités industrielles et commerciales ce que le concours est à la fonction publique » ; M. JEANTIN, « Le paradoxe de la prévention », *LPA* 15 déc. 1993, p. 12 et s., spéc. p. 12.

²²²⁵ V. par exemple le décret n° 95-257 du 2 mars 1995 relatif à l'organisation par les chambres de commerce et d'industrie territoriales de stages d'initiation à la gestion d'entreprises commerciales.

²²²⁶ L. ARCELIN, « La création d'une entreprise non viable ou les limites de l'initiative économique », *art. cit.*

²²²⁷ V. *supra* Partie 2, Titre 1, n° 259 et s.

lorsque la société anonyme était la seule forme sociale impliquant la limitation de responsabilité de l'ensemble des associés, sa constitution était subordonnée à l'obtention d'une autorisation gouvernementale qui dépendait notamment des risques que le projet faisait peser sur la collectivité²²²⁹.

778. La portée et les critères d'un tel contrôle restent naturellement à déterminer. M. Monéger avait consacré sa thèse de doctorat à la démonstration de la pertinence et à l'identification des moyens d'un contrôle préalable de la viabilité juridique et financière des entreprises²²³⁰. Son étude le conduisait à prôner l'établissement d'une telle procédure, qui devait s'articuler autour de trois idées clés que seraient « la solidité juridique, la solidité financière et l'aptitude à diriger » de ceux qui y prétendent²²³¹ et dont la charge pourrait être confiée à un organisme spécialement créé à cette fin (de concert avec l'autorité judiciaire)²²³².

Sous peine « d'anéantir les forces vitales de l'économie que sont l'innovation et la créativité »²²³³, l'auteur excluait toutefois que la procédure de contrôle préalable qu'il proposait puisse conduire à faire obstacle à la création d'une entreprise pour des considérations d'opportunité économique. S'il admettait le principe d'un tel contrôle d'opportunité, il ne lui reconnaissait qu'une finalité de prévention et d'information²²³⁴.

Cette position pourrait cependant s'expliquer par le fait que l'auteur ne limitait nullement le champ de son étude aux SSPRL mais appréhendait l'entreprise sans distinguer selon la forme juridique de son organisation. Or si on limitait le champ d'une telle procédure de contrôle aux seules SSPRL, l'idée d'une extension de son contenu à l'appréciation de la pertinence économique du projet entrepreneurial apparaîtrait alors bien plus défendable. La finalité et les conséquences de la procédure

²²²⁸ On pourrait envisager de confier la mission d'une telle appréciation à un organisme public spécifique, ou encore organiser simplement une procédure gracieuse devant le tribunal de commerce.

²²²⁹ Art. 37 du Code de commerce de 1807 ; v. *supra* n°222 et s. . V. aussi A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIX^e siècle*, PUF, 1985, spéc. p. 21 et s. ; sur l'évolution historique de ce contrôle, v. aussi M. MONEGER, *Le contrôle de la constitution de la société facteur de sa viabilité initiale*, th. Paris 1, 1976, n°10 et s., p. XI et s.

²²³⁰ M. MONEGER, *th. cit.*

²²³¹ M. MONEGER, *th. cit.*, n° 457, p. 559, et v. plus généralement la première partie de sa thèse.

²²³² M. MONEGER, *th. cit.*, n° 459 et s., p. 560 et s.

²²³³ *Ibid.* p. 568.

²²³⁴ M. MONEGER, *th. cit.* n° 469 et 470, p. 566 et 567.

dans ce cadre restreint seraient alors radicalement différentes de celles qu'envisageait M. Monéger : son résultat ne conditionnerait pas la possibilité de réaliser le projet entrepreneurial considéré mais seulement sa réalisation dans le cadre d'un régime de faveur profondément dérogatoire qui conduit à reporter le risque normalement supporté par les entrepreneurs sur la collectivité.

Ainsi, un refus opposé au terme d'une telle procédure n'interdirait nullement aux entrepreneurs de mettre en œuvre leur projet. Seulement, ils devraient l'exploiter à leurs risques conformément au droit commun. Dans la mesure où, par le mécanisme de SSPRL, c'est la collectivité qui supportera les risques auxquels sont soustraits les utilisateurs de cet instrument, il peut sembler légitime que celle-ci choisisse les entreprises auxquelles cette faveur mérite d'être accordée.

779. D'une certaine manière, l'adoption d'une telle mesure dénaturerait le mécanisme de limitation de responsabilité. Il ne s'agirait plus d'un régime dont tous ceux qui répondent aux conditions objectives posées par la loi peuvent, de plein droit, réclamer le bénéfice, mais il procéderait d'une sorte de marché (d'une société au sens contractuel du terme ?) passé entre la collectivité d'une part et les constituants d'autre part où, à la suite d'une appréciation singulière du projet d'entreprise considéré, la collectivité accepterait de prendre à sa charge une part des risques de l'entreprise projetée par les constituants en contrepartie du gain qu'elle espère retirer de sa réalisation.

Ainsi le bénéfice de ce régime serait accordé à la manière dont une institution publique octroie à certains projets culturels ou économique qu'elle sélectionne singulièrement quelque subvention financière pour les retombées bénéfiques à l'intérêt général que sa réalisation laisse supposer.

La différence avec ce dernier cas de figure résiderait simplement dans le fait que le coût supporté par la collectivité emprunterait ici, non pas la voie classique de l'attribution aux bénéficiaires de la subvention d'une partie des recettes fiscales que la collectivité a été appelée à produire, mais celle d'un report sur la collectivité d'une partie des risques que les bénéficiaires du régime auraient du normalement supporter.

Et cette nouvelle nature de la mesure, où la collectivité se comporterait comme un véritable partenaire économique qui consent à prendre à sa charge une part du risque du projet en contrepartie d'une chance de gain qu'elle estime probable, semble bien plus en accord avec

les fondements de ce régime qui heurte la logique juridique et qui ne se justifie que par les retombées économiques attendues pour l'économie nationale.

780. On peut donc encourager la mise en œuvre, pour les SSPRL, du système proposé par M. Monéger avec cependant cette nuance qui serait que, puisque le système de contrôle ne concernerait que les SSPRL, la gravité du régime en jeu et le sacrifice demandé à la collectivité justifieraient peut-être un droit de regard de cette dernière sur l'opportunité économique de l'entreprise projetée dont elle supportera l'échec. Autrement dit, que la procédure d'autorisation envisagée intègre un contrôle – au moins *a minima* – de la viabilité économique de l'entreprise et des gains que la collectivité pourrait en retirer et dont les modalités permettraient de concilier « les impératifs contradictoires que sont la créativité économique et la protection des intérêts mis en jeu par l'entreprise »²²³⁵.

781. La question de la contrariété à la liberté d'entreprendre – L'argument selon lequel une telle proposition serait condamnée pour sa contrariété à la liberté d'entreprendre constitutionnellement garantie ne semble pas pertinent²²³⁶. Nulle entrave ne lui serait portée en effet car chacun conserverait la possibilité de mener l'entreprise de son choix à condition simplement d'en supporter les risques par application du droit commun et des principes premiers du libéralisme²²³⁷.

Tirant simplement les conséquences du constat que la SSPRL constitue un régime de faveur profondément dérogoire au droit commun qui fait supporter à la collectivité les risques de l'entreprise dont les associés retirent les gains, une telle proposition se borne, logiquement, à conférer à ce régime le caractère d'exception qui découle de la gravité des dérogations qu'il porte, en en subordonnant le bénéfice à la démonstration que la collectivité peut trouver un intérêt à un tel marché. Mais puisque ce régime ne constitue pas le cadre exclusif de l'organisation de l'entreprise, on ne saurait prétendre qu'une restriction de son accès serait condamnée pour sa contrariété à la liberté d'entreprendre²²³⁸.

²²³⁵ M. MONEGER, *th. cit.* n° 470, p. 568.

²²³⁶ Rappr. sur cette question, M. JEANTIN, « Le paradoxe de la prévention », *LPA* 15 déc. 1993, p. 12 et s. ; C. GALOKHO « Les atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie résultant de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises », *RTD com.* 2014, p. 489 et s. ; F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10ème éd., n° 42 et s. p. 44 et s.

²²³⁷ Rappr. *supra* n°129.

²²³⁸ À considérer le régime des SSPRL sous ce jour, l'argument de la contrariété d'une telle procédure élective à la liberté d'entreprendre ne semble pas plus pertinent que celui qui tendrait à soutenir que

Par ailleurs, remarquons qu'à l'évidence, puisque le régime étudié impacte directement les intérêts des tiers (créanciers – parfois involontaires – et la collectivité dans son ensemble appelés à supporter les risques d'entreprise auxquels le régime soustrait les utilisateurs de SSPRL) et que c'est même essentiellement à leur égard qu'il a vocation à produire ses effets, l'invocation de la valeur juridique ou philosophique, ou encore des vertus économiques, de la liberté contractuelle seraient ici hors de propos.

782. Bien que juridiquement réalisable, c'est sur le terrain politique qu'une telle mesure risque de rencontrer les plus sérieux obstacles. Dans un contexte qui semble encore marqué par la domination des doctrines économiques libérales, certains percevront d'un mauvais œil ce qui pourra être interprété comme l'immixtion de l'État dans les choix économiques et ne manqueront pas de pointer le retour à un certain dirigisme étatique, s'alarmant de ce que, par ce biais, l'État soit en charge de déterminer ce qui est bon ou non pour l'économie au rebours de l'idée fondamentale du libéralisme selon laquelle le bien commun est supposé résulter de la libre recherche par chacun de son intérêt propre²²³⁹.

Vraisemblablement enfin, ne manqueront pas d'être relevés les inconvénients inhérents à toute procédure préalable à la constitution des sociétés que sont notamment le coût, la lourdeur ou le risque de lenteur²²⁴⁰, susceptibles de dissuader ou de freiner l'initiative économique²²⁴¹. Il ne faudrait pas négliger le poids de ces derniers arguments puisqu'ils emportèrent en 1965 le retrait de la proposition de loi tenant à la mise en place d'un contrôle judiciaire de la validité des sociétés commerciales lors de leur constitution²²⁴². Là encore, c'est à un arbitrage politique qu'il revient d'établir si ces potentiels freins à la création d'entreprise méritent d'être

l'assujettissement des conducteurs d'automobiles à l'obligation d'obtenir un permis de conduire contrevient à la liberté d'aller et venir.

²²³⁹ Idée dont l'expression la plus emblématique est le plus souvent trouvée chez Adam Smith (*Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Livre IV, ch. 2, 1776 ; d'après réédition, éd. Flammarion, 1991, tome II p. 42-43). Rappr. M. MONEGER, *th. cit.*, spéc. p. VIII.

²²⁴⁰ Rappr. B. LECOURT, L'influence du droit communautaire sur la constitution des groupements, *op. cit.*, spéc. n°374 et s., p. 236 et s.

²²⁴¹ V. par exemple, P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 375 p. 267. Rappr. G. RIPERT, *Aspects juridiques ...*, *op. cit.*, n°48 p 115.

²²⁴² V. J. O. Ass. Nat. 2 juin 1965, p. 1666 et s. ; 12 juin 1965 p. 2049 et s. ; v. *supra* n° 363. Rappr. Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Les sociétés anonymes en droit français, allemand et italien*, t.1: *Le contrôle judiciaire de la constitution des sociétés en droit allemand et italien et la loi française du 24 juillet 1966*, LGDJ 1969 ; F.GORÉ, « Le contrôle de la constitution des sociétés dans le projet français de code des sociétés », *RTD com.* 1965, p. 269 et s., spéc. p. 270.

soufferts par comparaison aux avantages que l'on pourrait en attendre et si les inconvénients qu'ils portent doivent, ou non, être préférés au risque que fait peser sur la collectivité le système actuel.

Dans le contexte politique actuel, il semble que l'objectif premier du législateur consiste, selon ses mots, à « relever le défi majeur » qu'est « celui de la croissance des entreprises, à toute phase de leur développement, pour renouer avec l'esprit de conquête économique »²²⁴³, ce qui implique selon lui de « faciliter la création d'entreprises, en limitant au strict nécessaire les barrières à l'entrée, en limitant le coût de création des entreprises et en simplifiant au maximum les formalités administratives »²²⁴⁴. De sorte qu'en l'état de la conjoncture politique et de l'idéologie économique encore dominante bien que vraisemblablement en voie d'essoufflement, la mise en œuvre de telles propositions supposeraient assurément une certaine audace²²⁴⁵.

²²⁴³ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE), Exposé des motifs.

²²⁴⁴ Idem.

²²⁴⁵ Rapp. *supra* n° 246 et s. À moins de croire à l'essoufflement du cycle néo-libéral présent (Rapp. P. BEZARD, « Le droit des sociétés face aux défis de la mondialisation », *Rev. sociétés* 2000, p. 55 et s., évoquant notamment l'existence de cycles, ou dirigisme et libéralisme se succèdent ; et à propos d'un déclin du néo-libéralisme, v. not. B. STIEGLER, « *Il faut s'adapter* ». *Sur un nouvel impératif politique*, Collection NRF Essais, Gallimard 2019 ; rapp. rapp. R. DEBRAY, *Le siècle vert, Un changement de civilisation*, Tract, Gallimard, 2020 ; I. STENGERS, *Réactiver le sens commun. Lecture de Whitehead en temps de débâcle*, Gallimard, 2020 et rapp. *infra* n° 822.

B. Le système assurantiel

783. En complément ou à la place de cette procédure élective visant à n'accorder le bénéfice de ce régime d'exception qu'aux entreprises dont la collectivité peut penser tirer profit, un autre moyen qui permettrait de limiter les risques supportés par la collectivité à raison de ces instruments juridiques que sont les SSPRL mérite d'être envisagé.

On pourrait estimer que le risque que fait courir à la collectivité le mécanisme de faveur des SSPRL devrait être supporté, plutôt que par la collectivité dans son ensemble (ou par certains de ses membres que désignent l'aléa et l'infortune), par la collectivité plus restreinte que forment ses utilisateurs.

Une telle « dérivation » du risque pourrait se construire aisément en son principe par le jeu d'un système d'assurance qui serait alimenté par les utilisateurs de SSPRL et qui aurait pour objet de couvrir la réalisation des risques que cet outil véhicule. Ce système permettrait donc de prémunir les créanciers sociaux contre l'insolvabilité de la structure à risque limité, tandis que « la répartition de la dette (...) sur la mutualité des assurés [rendrait] cette charge supportable » pour les utilisateurs de SSPRL²²⁴⁶.

Après avoir présenté le principe d'un tel système de mutualisation des risques engendrés par les SSPRL (1), on pourra en envisager quelques modes de réalisation (2) avant d'évoquer certains des effets collatéraux susceptibles d'en découler et de relativiser sa nouveauté (3).

1. Le principe d'une prise en charge mutualisée du risque par la collectivité de ceux qui le créent

784. Un principe simple – En son principe, un tel système consisterait donc simplement à faire supporter à la collectivité des utilisateurs de cet instrument juridique porteur de risques qu'est la SSPRL le poids de ces derniers par la mutualisation de leur prise en charge.

Ainsi, de la même manière que la collectivité des utilisateurs d'automobiles par exemple a vocation à supporter la réalisation des risques que l'instrument dont ils

²²⁴⁶ V. C. DEL CONT, Propriété économique, dépendance et responsabilité, op. cit., p. 324.

profitent fait courir à la collectivité par la souscription obligatoire d'une assurance de responsabilité²²⁴⁷ – ou de la même manière encore que l'on substitua à la responsabilité des employeurs en cas d'accident du travail de leurs salariés, l'obligation de cotiser aux organismes de sécurité sociale qui en supportent désormais la charge²²⁴⁸ –, les utilisateurs de SSPRL pourraient être tenus à la souscription d'une assurance chargée de supporter le poids des conséquences dommageables que cet instrument juridique qu'est le mécanisme de SSPRL est susceptible de causer à la collectivité²²⁴⁹.

Partant les associés, bien que déchargés à titre individuel de l'échec de leur propre entreprise grâce à l'obstacle qu'oppose l'étanchéité du patrimoine social aux poursuites des créanciers, seraient toutefois appelés à contribuer à une caisse commune visant à prendre en charge la catégorie de risques auxquels ils sont soustraits et qui se reportent sur les créanciers de SSPRL insolubles²²⁵⁰.

785. La SSPRL souscripteur – Naturellement, pour faciliter la réalisation d'un tel système, il conviendrait de retenir que le paiement des primes d'assurance ne serait pas directement à la charge des associés – utilisateurs et bénéficiaires du mécanisme de limitation de responsabilité des SSPRL – mais que l'assurance serait simplement souscrite par la SSPRL elle-même, qui serait donc « personnellement » débitrice des primes – ce qui *in fine* reviendrait à faire supporter la charge de ces dernières aux associés qui sont les bénéficiaires indirects des richesses sociales²²⁵¹.

786. Un système déjà en germe – Remarquons qu'une telle proposition n'a rien d'inédit. On peut la trouver exprimée dans le rapport de la commission Champaud de 1979 relatif à l'EPRL (entreprise personnelle à responsabilité limitée, ancêtre avorté de

²²⁴⁷ Ou de la même manière encore que la révolution industrielle a conduit les juges à faire supporter aux employeurs les conséquences des risques nouveaux résultant de l'activité dont ils tiraient profits, lesquels ont par la suite mutualisés ces risques en se tournant vers l'assurance (rappr. A. SUPIOT, « Introduction générale » in A. SUPIOT (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, p. 9 et s., spéc. p. 11 ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, op. cit. n°19 et s. p. 29 et s.).

²²⁴⁸ Rappr. P. RAYNAUD, « De la responsabilité civile à la sécurité sociale », *D.* 1948, chron. p. 93.

²²⁴⁹ Rappr. G. MARTIN, *Cours de droit des assurances*, cité par C. DEL CONT, op. cit. p. 329, selon qui l'assurance devient obligatoire dès lors « que les risques créés par une activité deviennent considérables ou touchent – ou risquent de toucher – un très grand nombre de victimes ».

²²⁵⁰ Rappr. P. LE GOFF, « Faut-il supprimer les sociétés à risque limité ? », *RIDC* 1999, n°3, p. 593 et s., spéc. p. 613.

²²⁵¹ V. *supra* n°126 et s.

l'EIRL)²²⁵² et quelques auteurs ont pu, depuis, envisager la question de sa généralisation à toute SSPRL²²⁵³.

D'ailleurs, un tel mécanisme d'assurance obligatoire du débiteur contre le risque de défaut de paiement couru par ses créanciers n'est nullement inconnu du droit positif : on le retrouve notamment incarné dans le mécanisme de l'assurance de garantie des salaires (AGS) dont la souscription est obligatoire pour tout employeur de droit privé et qui vise à couvrir le risque d'un défaut de paiement des salaires en cas de procédure collective²²⁵⁴.

Simple dans son principe, la réalisation d'une telle mesure est susceptible de prendre une multitude de formes en fonctions des modalités choisies parmi le large panel qui s'offre.

2. La diversité des formes de réalisation possible

787. À l'instar de ce que préconisait le rapport de la commission Champaud, un système assurantiel pertinent qui aurait pour objectif de compenser les risques que les SSPRL font supporter à la collectivité devrait idéalement être indexé sur les richesses que cet instrument soustrait aux poursuites des créanciers sociaux ; cette logique s'avère cependant bien difficile à mettre en œuvre (a). Mais si l'on accepte de s'écarter de la ligne que la pureté des principes trace, il est possible d'envisager divers modes de réalisation d'un système assurantiel qui, plus grossièrement mais plus efficacement, permettraient de compenser quelque peu les déséquilibres du droit positif contemporain (b).

²²⁵² Cf. CHAMPAUD (dir.), « ERPL, Rapport du groupe d'étude chargé de la possibilité d'introduire l'ERPL dans le droit français », *RTD com.*, 1979, p. 579 et s.

²²⁵³ V. par exemple S. DANA-DEMARET, *Le capital social*, Litec, coll. Biblio. dr. entr., 1989, spéc. n° 303 et s. ; G. SERRA, « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1er août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? », *BJS* 2004, p. 915 et s. Rapp. également C. DEL CONT, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, *op. cit.*, p. 324 et s.

²²⁵⁴ V. C. trav., article L. 3253-6 et s. (art. L 3253-6 : « Tout employeur de droit privé assure ses salariés, y compris ceux détachés à l'étranger ou expatriés mentionnés à l'article L. 5422-13, contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. »).

*a. Le système idéal inspiré du rapport Champaud :
la couverture par l'assurance des risques créés par
le mécanisme de SSPRL*

788. Principe – C'est tout d'abord la détermination du « dommage » couvert par un tel système d'assurance qui peut être l'objet de discussions. De prime abord on pourrait être tenté d'identifier celui-ci à la somme des dettes qu'une liquidation de SSPRL laisse impayées.

Rigoureusement cependant, le risque que fait supporter à la collectivité le mécanisme de SSPRL – et que, partant, le système d'assurance envisagé devrait couvrir – est plutôt équivalent à la valeur des richesses des associés que le mécanisme interdit aux créanciers sociaux de poursuivre. On ne saurait en effet prétendre que la totalité du dommage subi par la collectivité des créanciers en conséquence des dettes laissées impayées à la liquidation d'une SSPRL trouve sa cause dans le jeu du mécanisme de SSPRL puisque bien souvent, même si les créanciers avaient pu poursuivre les associés sur leur patrimoine personnel respectif, une part de leurs droits serait tout de même restée impayée.

De ce fait, s'il fallait mettre en place un système d'assurance visant à faire supporter à la collectivité des utilisateurs de cet instrument les risques que ce dernier introduit pour les créanciers, le périmètre de la couverture devrait être indexé sur les richesses conservées par les associés dans leur patrimoine respectif et qui furent effectivement soustraites aux poursuites des créanciers sociaux²²⁵⁵.

789. Difficultés d'applications au delà des structures unipersonnelles – C'est schématiquement un tel système que le rapport de la commission Champaud suggérait, en bonne logique, de mettre en place²²⁵⁶. Mais l'étude ne concernait que les entreprises individuelles. Or il est bien évident que si pour ces sortes d'entreprises le calcul des richesses que le mécanisme permet de soustraire aux poursuites des créanciers est relativement aisé, il n'en ira pas de même pour une multinationale qui compte plusieurs milliers d'actionnaires ! Dans ce cadre, la détermination précise du montant de richesses

²²⁵⁵ L'équation est en théorie un petit peu plus complexe car les créanciers auraient pu en principe saisir, à défaut de mécanisme de limitation de responsabilité, non seulement les richesses présentes au patrimoine personnel des associés au jour de la liquidation de la structure sociale, mais aussi, en principe, les richesses à venir.

que le mécanisme de limitation de responsabilité permet de soustraire aux poursuites des créanciers sociaux apparaît à l'évidence irréalizable.

Aussi parce qu'il est bien délicat à généraliser au delà des structures unipersonnelles ou de celles d'ampleur modestes – sans qu'aucun critère précis ne s'impose à l'évidence pour déterminer celles qu'il faudrait compter parmi ces dernières – on peut être tenté d'abandonner une telle idée.

790. En acceptant toutefois quelques compromis et en renonçant à l'idée de réaliser une corrélation parfaite entre le risque couvert par le mécanisme d'assurance proposé et celui que fait naître précisément l'instrument juridique qu'est la SSPRL pour la collectivité, on pourrait s'accommoder d'un mécanisme assurantiel qui parviendrait à tout le moins à reporter une partie du risque créé par ces instruments sur la tête de ceux qui en profitent et, partant, à rééquilibrer quelque peu le régime.

b. Divers modes de réalisation alternatifs du mécanisme assurantiel envisageables

791. L'option la plus simple pour échapper à la difficulté de réalisation évoquée pourrait consister à prévoir que la couverture assurantielle garantirait les créanciers sociaux du paiement de l'intégralité de leur créance contre la SSPRL faillie ; cette option cependant, séduisante pour sa simplicité, semble excessive et porteuse d'effets pervers qui permettent de douter de sa pertinence (i). On pourrait éviter ces derniers en limitant le champ des bénéficiaires de l'assurance mise en place aux seuls créanciers qui n'ont pu consentir à la limitation de responsabilité qui leur est opposée (ii), quitte éventuellement à plafonner le montant de la couverture aux richesses distribuées en cours de vie sociale par le biais de la fiction des bénéfices d'exercice (iii).

²²⁵⁶ V. Cl. CHAMPAUD (dir.), « ERPL, Rapport du groupe d'étude chargé de la possibilité d'introduire l'ERPL dans le droit français », *RTD com.*, 1979, p. 579 et s., spéc. n°32, p. 604.

i. L'option peu réaliste de la prise en charge assurantielle de l'ensemble des dettes laissées impayées

792. Les conséquences inadmissibles d'un tel système – On pourrait tout d'abord envisager que la totalité des sommes laissées impayées à la liquidation d'une SSPRL soient couvertes par l'assurance sans égard donc pour le montant des richesses dont les utilisateurs de la structure disposent. On lèverait par là l'obstacle à la construction proposée que nous avons identifié et qui tient aux difficultés de recensement des richesses à l'appréhension desquelles la SSPRL s'oppose.

Mais outre le fait qu'un tel système devrait supposer la mobilisation d'une fortune considérable pour les sociétés d'assurance – et impliquerait corrélativement le paiement de primes particulièrement onéreuses de la part des assurés – et sans même évoquer les tentations de collusion frauduleuse entre créanciers et débiteurs qu'il pourrait susciter, on pourrait s'inquiéter des effets pervers considérables que ce système d'assurance totale introduirait.

En effet, on peut supposer que le jeu naturel des rapports entre contractants – supposément fondé sur une opposition d'intérêts entre les parties dont découle un juste point d'équilibre contractuel²²⁵⁷ – serait profondément bouleversé par l'instauration d'un tel mécanisme d'assurance. En effet il résulterait de ce dernier que le créancier acquerrait, en tout état de cause, indépendamment de la fortune, de la personnalité ou de l'activité du débiteur et sans être soumis au moindre aléa²²⁵⁸, la certitude d'être payé – tandis qu'au delà d'un certain seuil, le débiteur saurait qu'il ne supporte pas les conséquences des engagements qu'il prend. Il serait illusoire de croire qu'une telle atteinte portée à l'un des postulats les plus essentiels de la construction du schéma contractuel serait dépourvue de conséquences économiques comme juridiques. Aussi, l'outil grâce auquel on entendrait neutraliser les risques introduits par les SSPRL dépasserait de beaucoup son objectif puisqu'il aboutirait à donner une garantie de paiement absolue au créancier, lui conférant une sécurité bien supérieure à celle qui aurait été la sienne en l'absence de SSPRL.

²²⁵⁷ V. not. F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé*, préf. A. GHOZI, Economica 2008, spéc. n° 256 et s., p. 236 et s. ; S. SCHINDLER-VIGUIE, *La notion de juste prix en droit positif français*, th. Paris II, 1993 ; L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, th. Orléans, 2002.

Ainsi les banquiers auraient-ils tout intérêt par exemple à financer sans compter même les entreprises les plus extravagantes dès lors que le système assurantiel leur confère une garantie absolue d'être remboursés ; les entrepreneurs pourraient alors emprunter sans limite pour financer des projets aussi pharaoniques qu'hasardeux, sachant qu'en cas de succès ils en emporteront les fruits et qu'en cas d'échec ils en abandonneront les conséquences à l'assurance²²⁵⁹. Et l'on retrouverait là vraisemblablement les ferments d'une crise systémique (souvenons-nous que la crise dite des *subprimes*, trouve son origine dans un dérèglement de la distribution des crédits bancaires octroyés de manière excessive et irréfléchie²²⁶⁰).

793. Comparaison avec l'assurance crédit – On pourrait cependant être tenté de relativiser cet écueil en faisant valoir que les sociétés d'assurance proposent doré et déjà aux « entreprises » des services de couverture contre le risque de défaut de paiement de leurs débiteurs : la compagnie d'assurance s'engageant à verser alors une portion définie de la créance impayée sans que, *a priori*, nul n'alarme sur l'existence d'effets pervers systémiques d'un tel mécanisme.

Néanmoins en ces cas de figure, c'est le créancier qui souscrit l'assurance et non pas le débiteur. Le souscripteur ne peut donc pas abuser du système d'assurance dont il bénéficie car il est susceptible de subir, à ce titre, les répercussions des défaillances de ses débiteurs (réalisation du risque couvert) par le biais d'une hausse de ses primes, de la mise à sa charge d'une franchise, voire par le risque de ne plus trouver d'assureur à l'avenir²²⁶¹. En outre, les assureurs choisissent dans ce cadre d'exclure certaines créances du champ de leur couverture – parce que trop risquées, voire parce

²²⁵⁸ Sauf naturellement au risque de défaillance de la société d'assurance.

²²⁵⁹ On pourrait cependant objecter qu'il est déjà en pratique courant pour les sociétés d'assurance de proposer des services d'assurance de défaut de paiement : l'assuré s'assure alors contre le risque de défaillance de ses débiteurs, la compagnie d'assurance s'engageant à verser un pourcentage défini de la créance impayée. C'est toutefois le créancier qui dans ce cas de figure souscrit l'assurance. Il ne peut donc « abuser » de ce système d'assurance

²²⁶⁰ Rapp. not. A. GAUDEMET, « Le risque de système », in A. SUPIOT (dir.), *Face à l'irresponsabilité la dynamique de la solidarité*, op. cit., p. 161 et s.

²²⁶¹ V. not. sur ce point les communications du colloque « Responsabilité et indemnisation », Assemblée Nationale, 16 avril 1992, in *Risques*, n°10, 1992, numéro spécial, spéc. p. 50 à 52.

que d'un montant trop élevé – et cantonnent à un certain pourcentage de la créance impayée leur garantie, ce qui limite nettement la portée du mécanisme²²⁶².

En tout état de cause, si la mise en place d'un tel système de garantie totale serait certainement une mesure excessive et inopportune, d'autres options qui peuvent faire figure de positions intermédiaires peuvent être proposées. Les deux suivantes peuvent se combiner ou s'envisager alternativement.

ii. L'exclusion du champ des bénéficiaires des créanciers réputés consentants

794. Tout d'abord, on pourrait envisager de limiter le bénéfice de l'assurance obligatoire à la souscription de laquelle les SSPRL seraient tenues aux seuls créanciers qui tiennent leur droit d'un autre titre que d'un contrat, ainsi qu'éventuellement à ceux qui, bien de tirant leur droits d'un contrat, se trouvent en position de faiblesse vis à vis de la société débiteur (au premier titre desquels figurent certainement les consommateurs et les salariés²²⁶³).

Les raisons qui président au choix de cette limitation du champ des bénéficiaires sont évidentes. D'une part, elles reposent sur l'idée qu'il est bien difficile de justifier l'opposabilité du régime de limitation de responsabilité dont entendent se prévaloir les associés à ceux qui n'ont pu accepter d'aucune façon ce régime (et auxquels il faudrait éventuellement assimiler ceux qui n'ont pas été en position de force économique suffisante pour négocier les termes de leur relation avec elle)²²⁶⁴. D'autre part, parce qu'en restreignant le champ du bénéfice de l'assurance à ces seuls créanciers, on peut vraisemblablement éviter les écueils relevés plus haut.

795. L'illégitimité du report des risques d'entreprises sur les créanciers n'ayant pu y consentir – L'opinion selon laquelle le régime de limitation de responsabilité de l'associé ne devrait tout simplement pas pouvoir être opposé à ces sortes de créanciers

²²⁶² V. les informations rapportées par la Fédération française de l'assurance : <https://www.ffa-assurance.fr/infos-assures/assurance-credit-un-moyen-pour-les-artisans-et-les-entreprises-de-se-proteger-contre>

²²⁶³ Encore que ces derniers bénéficient déjà de l'AGS (v. *supra* n° 786).

²²⁶⁴ Rapp. H. HANSMANN et R. KRAAKMAN, « Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts », *Yale Law Journal*, 1991, p. 1879 et s.

faibles ou accidentels se fait parfois entendre en doctrine²²⁶⁵. Elle trouve de solides arguments dans une comparaison avec le régime de l'aménagement conventionnel de responsabilité tel qu'il est organisé en droit positif²²⁶⁶. Il est ainsi par exemple établi en jurisprudence que la responsabilité civile délictuelle ne peut être atténuée par voie conventionnelle²²⁶⁷ et de nombreuses dispositions tendent par ailleurs à paralyser les clauses limitatives de responsabilité dans les rapports contractuels déséquilibrés. Celles-ci sont ainsi prohibées notamment en droit de la consommation²²⁶⁸ et tendent à être neutralisées lorsqu'elles sont porteuses d'un « déséquilibre significatif » tant par le jeu des dispositions du droit commercial que par celles du droit civil lorsqu'elles ne procèdent pas d'une libre négociation²²⁶⁹. Elles sont de même privées d'effet lorsqu'elles conduisent à faire échec au paiement de créances jugées particulièrement impérieuses²²⁷⁰. Comment dès lors justifier ce paradoxe du droit positif qui d'un côté refuse que la limitation conventionnelle de responsabilité puisse être opposée au titulaire d'une créance de responsabilité civile ou au consommateur malgré leur consentement, tandis qu'il accepte de l'autre, sans nuance, que la limitation de responsabilité qui découle des SSPRL puisse être opposée à ces mêmes sortes de créanciers alors qu'ils n'y ont aucunement consenti? Par comparaison, il apparaît ainsi bien surprenant que le mécanisme institué par les SSPRL permette aux associés de se soustraire à la responsabilité qu'ils devraient encourir pour les dettes sociales de manière aussi absolue et sans égard pour la nature de la dette ou la situation du créancier qui en supporte les conséquences²²⁷¹. Et l'obstacle technique que constitue la personnalité morale de la société qui se dresse

²²⁶⁵ V. par exemple, à ce sujet déjà, J. VALERY, « La limitation de responsabilité dont jouissent les membres de certaines sociétés est elle opposable aux créances nées d'un délit ou d'un quasi-délit? » *Annales de droit com.* 1927, p 249 ; plus récemment P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés », in *Mélanges A. Sayag*, art. cit., spéc. p. 234.

²²⁶⁶ Rappr. *supra* n°142 et s.

²²⁶⁷ V. Cass. 2^e civ., 17 févr. 1955, *D.* 1956, p. 17 ; v. égal. Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2017, n° 16-13.407 ; M. LEVENEUR-AZEMAR, *op. cit.* p. 45 et s., n°72 et s. Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile envisage cependant d'autoriser ces sortes d'aménagements contractuels, v. art. 1281.

²²⁶⁸ V. L. 212-1 et R. 212-1, 6^o C. conso. (ce dernier prohibe « les clauses ayant pour objet ou pour effet de(...) supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations »).

²²⁶⁹ V. art. L. 442-1, I, 2^o du Code de commerce (ex. L. 442-6) – qui peut obliger à réparer le préjudice causé par une telle clause – et 1171 du Code civil selon lequel « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

²²⁷⁰ Ainsi en matière de dommage corporel, v. M. LEVENEUR-AZEMAR, *op. cit.* p. 53 et s., n°90 et s. et les réf. citées.

²²⁷¹ Rappr. *supra* n°142 et s.

entre l'associé et le créancier social ne saurait vraisemblablement permettre de justifier la différence de régime constatée²²⁷².

796. Toutefois entre l'absoluité du droit contemporain des SSPRL et la solution parfois prônée consistant à neutraliser le régime de limitation de responsabilité des associés pour ces sortes de créances, le système assurantiel incarne une voie médiane qui mérite d'être envisagée. Elle permettrait de ménager l'objectif du législateur de soustraire les associés aux risques d'entreprise sans pour autant que ces derniers ne soient reportés sur une catégorie de créanciers qui semble particulièrement mal désignée pour les supporter.

De manière fragmentaire, notre droit positif réalise parfois cette solution. Il en va ainsi par exemple du mécanisme de l'AGS qui couvre les salaires impayés²²⁷³ ou encore des diverses assurances de responsabilité obligatoires pour de nombreuses professions grâce auxquelles le législateur évite que certains dommages restent sans réparation.

Certes, la mise en place de ce système aurait pour conséquence une augmentation des charges de l'entreprise à raison des primes d'assurances qu'il implique et, de ce fait, pourrait être perçu comme une relative dissuasion à l'entrepreneuriat²²⁷⁴. Les difficultés de calculs de ces primes pour les sociétés d'assurance comme le montant exorbitant qu'elles seraient susceptibles de réclamer pourraient constituer de sérieux obstacles à la mise en place d'un tel système. Mais si ces derniers parviennent à être dépassés, alors il permettrait de réaliser ce qui peut apparaître comme une solution d'équilibre où la promotion de l'entrepreneuriat ne se ferait qu'aux dépens de ceux qui d'une certaine manière, peuvent à tout le moins être réputés avoir accepté d'en faire les frais²²⁷⁵.

797. L'évitement des effets pervers du mécanisme assurantiel – Limiter le champ des bénéficiaires de la couverture de l'assurance aux seuls créanciers faibles et accidentels – soit ceux vis à vis de qui elle s'impose le plus – devrait aussi rendre la proposition bien plus réalisable que si le système devait profiter à tous.

²²⁷² Rapp. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1 ; J. VALÉRY, *art. cit.*

²²⁷³ C. trav., article L. 3253-6 et s. (art. L 3253-6 : « Tout employeur de droit privé assure ses salariés, y compris ceux détachés à l'étranger ou expatriés mentionnés à l'article L. 5422-13, contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire »).

²²⁷⁴ L'inconvénient ne semble toutefois pas nécessairement indépassable. Rapp. S. DANA-DEMARET, *op. cit.* spéc. p. 344 ; Cl. CHAMPAUD (dir.), « ERPL, Rapport du groupe d'étude chargé de la possibilité d'introduire l'ERPL dans le droit français », *précité*.

²²⁷⁵ H. HANSMANN et R. KRAAKMAN, *art. cit.*, spéc. p. 1887 à 1889.

En restreignant le champ des dettes couvertes, cette option réduirait tout d'abord le montant des richesses nécessaires au fonctionnement du mécanisme assurantiel et atténuerait la charge financière que représenteraient les primes d'assurance pour les entreprises en SSPRL. Seraient ainsi notamment exclus du champ des dettes couvertes les crédits bancaires et les dettes dues aux acteurs en position de puissance (fournisseur, franchiseur, etc) qui peuvent représenter une part considérable du passif de l'entreprise.

Ensuite, cette option devrait permettre de limiter grandement les risques de collusion frauduleuse et les effets pervers redoutés puisque l'on peut estimer peu plausible l'hypothèse que des créanciers accidentels ou en position de faiblesse organisent avec la société débitrice un « gonflement » artificiel de leur créance ; de plus le risque d'un financement excessif et déraisonné des SSPRL par des dispensateurs de crédit placés à l'abri de tout aléa serait ici écarté²²⁷⁶.

Ainsi en substance, en plus de limiter le bénéfice de cette garantie assurantielle aux seuls créanciers auxquels l'opposabilité du régime de SSPRL paraît particulièrement inadaptée, cette option aurait le mérite de rendre la proposition bien plus réalisable.

iii. Le plafonnement de la couverture au montant des bénéfices d'exercice distribués

798. Une autre manière de rendre un tel mécanisme plus facilement réalisable et acceptable, qui permettrait de limiter l'ampleur de la couverture assurantielle tout en maintenant celle-ci indexée sur un critère non arbitraire et pertinent, pourrait consister à indexer le montant mobilisable pour indemniser les créanciers de la SSPRL faillie sur le montant des bénéfices distribués aux associés en cours de vie sociale.

799. Rappel – L'illégitimité de la soustraction des bénéfices d'exercice aux poursuites des créanciers sociaux – On a vu que l'« exfiltration » des richesses sociales par la distribution des bénéfices d'exercice en cours de vie sociale ne pouvait se justifier que par le recours à une fiction de faveur aux associés à des fins de politique

²²⁷⁶ Rappr. *supra* n°792.

économique²²⁷⁷. Il a été vu aussi que cette mesure de faveur se réalise une fois de plus aux dépens des créanciers sociaux (et de l'entreprise), et qu'elle est susceptible de fausser largement l'équilibre de l'architecture du mécanisme de limitation de responsabilité de l'associé dès lors que, vecteur de la restitution des richesses apportées par l'associé, la distribution des bénéfices d'exercice est susceptible de réaliser un régime de totale irresponsabilité²²⁷⁸ et de conduire à une interversion de rang entre créanciers et associés qui semble en son principe bien difficile à justifier²²⁷⁹.

800. Le mécanisme d'assurance pour concilier l'objectif de politique économique et la protection des créanciers – Aussi, si l'on ne souhaite pas renoncer au principe d'une distribution régulière des bénéfices d'exercice pour les vertus économiques qu'on lui prête²²⁸⁰, une manière d'en tempérer un tant soit peu les effets indésirables et de rééquilibrer le régime de limitation de responsabilité dans son ensemble consisterait à indexer le montant couvert par l'assurance obligatoire que nous envisageons sur le montant des bénéfices distribués par la société au cours de son existence.

Aussi, plutôt que de d'indexer la garantie assurantielle proposée sur le montant des richesses des associés que le mécanisme de SSPRL soustrait aux poursuites des créanciers sociaux (nous avons vu qu'une telle solution bien qu'idéale ne serait qu'assez peu réalisable²²⁸¹), le système d'assurance envisagé pourrait à tout le moins permettre de remettre à la disposition des créanciers sociaux le montant des richesses qui furent illégitimement retirées du patrimoine social par les associés au titre de la fiction des bénéfices d'exercice²²⁸².

801. Ainsi le mécanisme d'assurance auquel il serait envisageable d'astreindre chaque SSPRL, afin de faire supporter à la collectivité des utilisateurs de ces instruments la charge du risque qu'ils font courir à la société, est susceptible de connaître de nombreuses modalités de réalisation. L'ampleur d'une telle garantie et le poids financiers qu'elle est

²²⁷⁷ V. *supra* n°561 et s. et spéc. n°571 ; rappr. D. COCHET, *th. cit.*, spéc. n°47 et s., p. 35 et s et n°67 et s., n°46 et s.

²²⁷⁸ V. *supra* n° 578 et s.

²²⁷⁹ V. *supra* n° 582 et s.

²²⁸⁰ V. *supra* n°561 et s.

²²⁸¹ V. *supra* n° 788 et s.

²²⁸² Auxquels il faut naturellement assimiler les dividendes versés par distributions de réserves, lesquelles sont considérées comme des bénéfices d'exercice accumulés, dont il est établi que la distribution suit le régime des dividendes, v. not. P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.* 7^{ème} éd., n°1134, p. 771 .

corrélativement susceptible de représenter pour les entreprises en SSPRL varieront au gré des caractères qu'on lui donnera, notamment par la définition précise du risque qu'elle aura vocation à couvrir.

Les deux modalités que nous venons d'envisager ne permettent certainement pas d'aboutir à une neutralisation de l'intégralité des risques que la SSPRL fait peser sur la collectivité ; à tout le moins, elles peuvent cependant permettre de contrebalancer certains des effets du mécanisme qui, en l'état du droit positif, sont les plus difficiles à justifier.

Mais les contours précis d'un tel mécanisme assurantiel seront, une fois encore, essentiellement fonction d'arbitrages politiques qui supposeront de mettre en balance l'objectif d'incitation à l'entrepreneuriat et la nécessité de parvenir à un mécanisme un peu moins déséquilibré qu'il ne l'est aujourd'hui. Aussi, à supposer que les difficultés tenant à l'estimation du risque et du montant corrélatif des primes que les compagnies d'assurances réclameront aux SSPRL puissent être dépassées, ce système assurantiel pourrait constituer un outil juridique pertinent dont le législateur n'aurait qu'à se saisir s'il en avait la volonté politique.

3. Effets collatéraux envisageables et portée novatrice de la mesure

802. L'effet déresponsabilisant généralement prêté à l'assurance – Évoquons d'un mot certains des effets collatéraux potentiels d'un tel mécanisme.

Un des inconvénients les plus généralement redoutés de tout système assurantiel est qu'il est réputé emporter une déresponsabilisation individuelle²²⁸³, ce qui peut s'entendre de différentes manières.

803. Tout d'abord, du point de vue de la fonction normative de la responsabilité²²⁸⁴, en ce sens que l'assurance peut conduire les individus à une certaine insouciance puisqu'ils ne

²²⁸³ V. not. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, op. cit. n°19 et s. p. 29 et s. ; Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Précis Dalloz 14^{ème} éd. 2017, n°18 et s., p. 13 et s. ; rapp. B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, préf. M. PICARD, Rodstein 1947.

²²⁸⁴ V. B. STARCK, op. cit.

supportent plus les conséquences de leurs agissements²²⁸⁵ ; le phénomène étant alors de nature à augmenter la somme globale des dommages.

En l'occurrence cependant, les utilisateurs des SSPRL sont justement par hypothèse d'ores et déjà « déresponsabilisés » par le jeu même de cet instrument dont la fonction est précisément de limiter leur responsabilité. Le système assurantiel proposé ne tendrait par conséquent qu'à instaurer une indemnisation des victimes de cette irresponsabilité qui lui préexiste.

804. Ensuite du point de vue de la fonction répartitrice de la charge des dommages de la responsabilité²²⁸⁶, en ce que le système assurantiel, parce qu'il mutualise la charge des dommages qu'il couvre, fait supporter à la collectivité le poids de l'incompétence de certains.

Mais de la même manière on observera qu'ici, le mécanisme de SSPRL fait d'ores et déjà, par lui-même, supporter à la collectivité les risques qui auraient du être supportés par les seuls associés.

805. Le mécanisme de SSPRL porte ainsi en son principe la déresponsabilisation de ses utilisateurs ; l'adjonction du système assurantiel n'y changerait donc rien et conduirait simplement à faire supporter l'échec des entreprises en SSPRL à la collectivité plus restreinte et mieux désignée pour cela des utilisateurs de cet instrument, plutôt qu'à la société dans son ensemble et en particulier à tous ceux amenés à être désignés créanciers de la structure en débâcle.

806. La « sélection à l'entrée » réalisée par cette exigence nouvelle – Un autre effet collatéral – et cette fois-ci potentiellement souhaitable – peut découler de l'instauration d'un tel mécanisme assurantiel obligatoire : l'assureur privé pourrait ici jouer le rôle de filtre que nous envisagions plus haut, permettant de conditionner l'accès aux SSPRL aux seules entreprises ayant quelques chances minimales de survie²²⁸⁷. En effet, faute pour une

²²⁸⁵ Rapp. not. P. RAYNAUD, « De la responsabilité civile à la sécurité sociale », *D.* 1948, chron. p. 93.

²²⁸⁶ Rapp. G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ 1936, spéc. n°181, p. 365 : « Ce que poursuivent en réalité le législateur et le juge c'est le déplacement du risque. Il s'agit de le faire passer de la tête de la victime sur une autre tête et de choisir celui qui sera déclaré responsable uniquement à cause de son aptitude à supporter la charge », et n°182 p. 366.

²²⁸⁷ V. supra n°775.

entreprise trop hasardeuse de parvenir à convaincre les assureurs de la viabilité de son projet, celle-ci ne pourrait, de fait, être exploitée sous forme de SSPRL puisqu'elle ne répondrait pas à cette exigence nouvelle. De cette manière, l'instauration de l'obligation d'assurance permettrait de réaliser indirectement le système de sélection des entreprises éligibles au bénéfice du régime de SSPRL qu'en son principe nous appelions de nos vœux. La sélection se réaliserait, partant, non pas en fonction d'une décision prise par une autorité publique mais bien par le simple jeu du « marché », ce qui devrait la rendre nettement plus acceptable car davantage conforme aux conceptions économiques et politiques dominantes²²⁸⁸. On pourrait penser aussi cette sélection plus pertinente : d'une part si l'on veut croire que les moyens d'investigation et d'analyse dont disposent les sociétés d'assurance seront plus efficaces que ceux dont seraient susceptibles de disposer les agents publics en charge d'un potentiel contrôle de viabilité des entreprises ; d'autre part parce que les sociétés d'assurance auraient vocation à maintenir un contrôle efficace tout au long de la vie de la structure, prenant ainsi en compte l'évolution de l'entreprise au fil du temps²²⁸⁹.

807. Le système proposé ne porte aucun bouleversement – Aussi surprenante qu'elle puisse paraître au premier abord, la mesure proposée ne porte en définitive nul bouleversement structurel du droit positif. Souvent en effet, ce dernier parvient doré et déjà par une sorte de coup de billard « à trois bandes », à la réalisation embryonnaire d'un tel système.

En effet si l'on met bout à bout, d'une part, le régime de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif par l'intermédiaire duquel le droit positif fait supporter aux dirigeants de la société la fraction de dettes sociales laissées impayées à sa liquidation (du moins pour une partie d'entre elles)²²⁹⁰, d'autre part, le fait qu'en pratique, les dirigeants sociaux sont le plus souvent couverts par une assurance de responsabilité civile qui supporte les condamnations visées²²⁹¹, et enfin la tendance plus récente à une prise en charge par la

²²⁸⁸ Rappr. *supra* n° 782.

²²⁸⁹ Le contrat d'assurance ne saurait valoir pour l'ensemble de la vie de la société mais aurait vocation à être renégocié en cours de vie sociale au gré des évolutions de l'entreprise, l'assuré étant d'ailleurs tenu par l'article L 113-2, 3° du Code des assurances de « déclarer, en cours de contrat, les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux et rendent de ce fait inexacts ou caduques les réponses faites à l'assureur »

²²⁹⁰ Rappr. *supra* n° 742 et s.

²²⁹¹ V. not. sur ce phénomène A. COURET et *alii*, « Assurance de responsabilité pour les dirigeants » Dossier spécial in Bull. *Joly Sociétés* 2010, p. 760 et s. ; J. *Class. Sociétés traité*, Fasc. 132-15 : « Assurance de responsabilité – Dirigeants sociaux » par J. MONNET ; C. RUELLAN, « Essai sur les

société elle-même de la souscription et du règlement des primes d'assurance de responsabilité dont sont bénéficiaires les dirigeants²²⁹², on aboutit peu ou prou à un résultat similaire à celui que réaliserait la mesure proposée. En combinant ainsi ces trois segments de construction juridique, on aboutit au constat que la structure sociale supporte la charge de la couverture assurantielle des conséquences de sa défaillance, pour une part tout au moins : celle mise à la charge des dirigeants sociaux dans le cadre d'une action pour insuffisance d'actif.

En d'autres termes, par cette combinaison, lorsqu'elle se réalise, on aboutit à une mutualisation assurantielle des conséquences de leur défaillance respective par les structures personnifiées, du moins pour la fraction de dettes impayées que les juges mettent à la charge des dirigeants sociaux dans le cadre d'une action en insuffisance d'actif.

La proposition envisagée n'aboutirait donc qu'à consacrer et généraliser un tel système, qui n'emprunterait alors plus ce chemin tortueux, ne serait plus corrélé à l'indemnisation décidée dans un premier temps dans le cadre d'une action en insuffisance d'actif et ne serait plus subordonné à la démonstration d'une faute de gestion de la part d'un dirigeant, non plus qu'à la démarche d'une souscription volontaire par les sociétés d'une assurance de responsabilité de leurs dirigeants.

Par ailleurs, rappelons enfin qu'ainsi que nous l'avons évoqué, notre droit positif connaît déjà un mécanisme d'assurance obligatoire de garantie de créances qu'est l'AGS²²⁹³ ; la proposition formulée jusqu'ici en reprendrait simplement le principe pour en étendre le champ en matière de SSPRL.

À l'heure actuelle cependant, faute notamment de disposer de données statistiques suffisantes, on conçoit volontiers les difficultés techniques qu'impliquerait la mise en

conditions d'assurabilité des fautes commises par les mandataires et dirigeants sociaux », in *Mél. en l'honneur de P. Merle*, Dalloz 2013, p. 617 et s. ; B. RAJOT, « L'assurance des responsabilités civiles de l'entreprise », *Resp. civ. assur.*, mars 2009, alerte 6 ; J. MONNET, « Assurance et faute séparable des fonctions du dirigeant de société », *Dr. sociétés* 2007, n° 10 ; P.-G. MARLY, « La faute dans l'assurance de responsabilité des dirigeants », *JCP E*, 2006, 1490 ; A. CONSTANTIN, « De quelques aspects de l'assurance de responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RJDA* 7/2003, p. 595.

²²⁹² V. not. J. EL AHDAB « La prise en charge financière par la société de la responsabilité de ses dirigeants : vers un modèle américain ? », *Rev. sociétés* 2008, p. 240.

²²⁹³ C. trav., article L. 3253-6 et s. (art. L 3253-6 : « Tout employeur de droit privé assure ses salariés, y compris ceux détachés à l'étranger ou expatriés mentionnés à l'article L. 5422-13, contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire »).

place d'un tel système assurantiel²²⁹⁴. Il ne semble toutefois pas irréalisable en son principe, du moins si l'on veut croire que le risque d'entreprise présente bien les caractères techniques qui permettent son « assurabilité »²²⁹⁵, ce que l'on est volontiers enclin à penser compte tenu du fait qu'à raison de la combinaison évoquée, par l'intermédiaire de l'assurance de responsabilité des dirigeants pour insuffisance d'actif, le risque en question semble doré et déjà en partie assuré par la société.

Conclusion de chapitre

808. Des nombreux déséquilibres et malfaçons qui ont été préalablement mis en évidence et qui minent l'architecture du mécanisme de la limitation de responsabilité de l'associé tel qu'il se réalise en droit positif, découlent de préoccupantes conséquences. Par symétrie à ce que l'on a pu déplorer lorsque l'on en étudiait le champ d'application, la disparition de presque toute logique conceptuelle ou fonctionnelle sur laquelle adosser le mécanisme laisse le champ libre à la volonté discrétionnaire des utilisateurs de ces structures qui peuvent, sans entrave, élaborer le régime qui correspond au mieux à leurs propres intérêts sans être d'aucune façon contraints par de quelconques considérations tenant à la situation économique sous-jacente ou à la protection des intérêts des tiers. Les utilisateurs de ces instruments juridiques peuvent ventiler par exemple leur entreprise en une multitude de structures afin de diviser corrélativement leur risque ; délaisser autant qu'ils le souhaitent le canal de l'apport pour financer leur activité par d'autres biais, alors que celui-ci est pourtant pensé pour être l'étalon de leur responsabilité, etc. Et cette trop grande marge de liberté laissée aux utilisateurs de SSPRL leur permet assurément de jouir d'une limitation de

²²⁹⁴ Soulevant d'une certaine manière cette difficulté, v. W BRATTON et J. MCCAHERY, « An inquiry into the efficiency of the limited liability company », *Washington & Lee Law Review*, 1997, p. 637 et s., spéc. p. 555.

²²⁹⁵ V. sur cette question et *in fine* en ce sens, bien que les assureurs soient réticents à garantir un tel risque, J. BIGOT, V. HEUZE, J. KULLMANN, L. MAYAUX, R. SCHULZ, K. SONTAG, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, t.3, 2^{ème} éd. LGDJ 2014, n° 1574 et s., p. 765 et s. et spéc. n°1582-1583.

Les critères techniques de l'assurabilité sont classiquement les quatre suivants : « l'existence d'un aléa véritable », « la possibilité d'estimer la perte potentielle maximale », « l'applicabilité de la loi des grands nombres », « et enfin l'existence d'une demande solvable, à un niveau de prime suffisant

responsabilité qui, à de nombreux égards, apparaît excessive ; il leur est même possible de n'en supporter tout simplement aucune.

809. Mais si trop peu de bornes objectives sont posées par le système juridique pour contrer la liberté des membres de SSPRL de limiter à l'infini leur responsabilité, les rapports de force entre agents économiques souvent s'y opposeront. Par la voie du contrat se rétablira, à l'égard de certains associés et au profit de certains créanciers, la responsabilité que le mécanisme de SSPRL aura dans un premier temps permis d'effacer. Un tel cas de figure, fréquent en pratique, fait alors de la SSPRL un outil de captation des richesses des entrepreneurs par les créanciers puissants au détriment des autres, et notamment de ceux que le législateur dote de privilèges, tout en neutralisant la vertu d'incitation à l'entrepreneuriat que l'on prête à ce régime et qui en justifie l'existence.

810. Afin d'atténuer quelque peu les diverses sources de déséquilibre que porte ce régime et de lui redonner un peu de rationalité, nous avons pu envisager différentes pistes. Nous n'en avons que dessiné grossièrement les contours en envisageant parfois diverses modalités de réalisation possibles entre lesquelles le décideur politique pourrait choisir. Le plus souvent, si les diverses mesures envisagées peuvent s'envisager singulièrement, elles pourraient également être combinées entre elles car elles ne visent pas toujours à remédier aux mêmes vices.

811. Ces diverses propositions feront naître vraisemblablement de nombreuses hésitations et craintes quant à leur faisabilité techniques ou leurs effets collatéraux : la question du caractère assurable du risque que font naître ces instruments juridiques pourrait être discutée ; on pourrait redouter les risques de lenteur et d'engourdissement qui découleraient de la mise en place de contrôles *a priori* et questionner leur efficacité ; on pourrait encore défendre l'opinion que l'entreprise est un concept bien trop vague pour être ici juridiquement opératoire. Aucune de ces objections ne nous a cependant paru indépassable.

pour couvrir les coûts de l'assureur » (J. C. ROCHER, « Assurabilité et financement des risques », in

Il est à tout les moins une des pistes de réforme proposées dont on ne saurait mettre en doute la faisabilité technique, c'est celle qui tient à un retour des SSPRL à leur charpente originelle de la commandite. Cette proposition tire simplement les conséquences du constat d'échec de la limitation de responsabilité de l'associé entrepreneur en pratique, et assume partant le principe de la mise à sa charge des risques d'entreprise ; elle rend par ailleurs impossible l'existence d'une situation d'irresponsabilité totale, qu'en l'état, les SSPRL peuvent engendrer.

La commandite est d'ailleurs la seule forme sociale qui permet de concilier le principe d'une limitation des risques de l'associé avec les axiomes du droit privé car elle se borne à exempter du risque d'entreprise un financier qui à ce titre peut être considéré comme extérieur à cette dernière, à la manière d'un simple prêteur de deniers. On ne doute pas cependant que sur le terrain politique une telle mesure ne manquera pas de soulever de profondes réserves, notamment pour des considérations tenant à l'attractivité de notre système juridique²²⁹⁶.

F. EWALD, J.-H. LORENZI (dir.) *Encyclopédie de l'assurance*, Economica 1998, p. 1577 et s.).
²²⁹⁶ Rapp. not. *infra* n° 819 et s.

Conclusion

812. Au fil de cette étude nous avons dressé un tableau assez peu reluisant du mécanisme contemporain de limitation de responsabilité de l'associé.

Nous nous sommes tout d'abord employés à montrer ce que cette mesure avait de profondément dérogoire aux grands principes de la responsabilité qui gouvernent notre système juridique, ce qu'a tendance à dissimuler le système de représentation anthropomorphique courant des structures personnifiées dans le cadre desquelles le bénéfice de cette mesure est accordé. À l'abri de ces constructions techniques « froides et vides de réalité fécondes »²²⁹⁷ se développe un régime qui, présenté frontalement sans passer par le truchement de la personnification, éprouverait de sérieuses difficultés à être admis. En effet la mise en perspective, à la lumière des grands axiomes du droit de la responsabilité qui gouvernent notre système juridique, du rôle et des prérogatives que, structurellement, la qualité d'associé d'une SSPRL confère, avec les caractères des dettes dont la personne morale est tenue désigne assurément cet acteur qu'est l'associé pour en supporter la charge définitive. La mise à l'abri de son patrimoine, par la neutralisation du droit de poursuite des créanciers sociaux une fois l'actif social épuisé, apparaît alors en nette contradiction avec les principes fondamentaux de notre système juridique.

813. Aussi, la recherche des explications d'une mesure aussi surprenante nous a conduit à déceler celles-ci d'une part, historiquement, dans la longue succession de mutations irréfléchies du contrat de commande. La mesure de limitation de responsabilité de l'associé a en effet progressivement émergé à mesure qu'évoluait le statut du commanditaire et de ses aïeux avant lui. En effet, tant que cet acteur était considéré comme un prêteur de deniers, son absence de vocation à supporter les dettes de l'entreprise qu'il

finançait pouvait simplement s'expliquer par son extériorité par rapport à cette dernière ; et la limitation de responsabilité de l'associé est donc un concept qui naquit avec une évolution de la qualification de cet acteur, lequel, tout en conservant le bénéfice de son régime initial, vint progressivement à prendre une place croissante dans l'entreprise jusqu'à recevoir la qualification d'associé. Et par le jeu d'une succession d'évolutions de cet ordre, gouvernées par le jeu de l'effet cliquet, le phénomène s'est progressivement étendu : aux financiers des sociétés anonymes par action tout d'abord, puis à tous, ou presque.

Aujourd'hui, cette mesure qui doit pour l'essentiel son émergence à des errements conceptuels puise sa légitimité dans les vertus économiques qui lui sont couramment prêtées : malgré sa contrariété aux principes juridiques, le législateur y semble attaché pour sa vocation à favoriser la création et le financement des entreprises. Or, dans le contexte idéologique et politique qui semble marquer l'époque contemporaine, une telle justification place la mesure quasiment à l'abri de toute remise en cause ; aussi n'est-elle généralement plus tant pensée comme « une faveur [que comme] une exigence conforme aux nécessités de l'économie privée et des objectifs de rentabilité qui la gouvernent »²²⁹⁸.

814. Prenant ce choix politique pour postulat, nous nous sommes efforcés de vérifier si les outils techniques mis en œuvre pour sa réalisation en droit positif servent avec justesse les objectifs qui fondent cette mesure et lui confèrent sa justification exclusive.

815. Son champ d'application tout d'abord, borné pour l'essentiel par le concept de société, apparaît défaillant : en son principe, on peut déjà douter de la pertinence de l'utilisation de cette notion pour réaliser une juste adéquation des hypothèses d'application de cette mesure avec ses justifications : le contrat de société désigne certains liens entre partenaires à une activité certes, mais est-ce bien suffisant pour isoler les hypothèses méritant le jeu de ce régime de faveur ? En tout état de cause, il nous est apparu que les exigences tirées du contrat de société n'expriment – du moins dans ce cadre – presque plus

²²⁹⁷ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, op. cit., t. 1, n° 69, p. 149.

²²⁹⁸ G. HORSMANS, « Responsabilité limitée et plaisirs sans limites », *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 543 et s., spéc. p. 546.

rien de tangible, leur contenu conceptuel ayant progressivement été vidé de toute substance par l'instrumentalisation dont souffre la matière. De surcroît, les sanctions supposées en garantir le respect furent progressivement neutralisées. De ce fait, ce n'est plus qu'un tigre de papier, un concept devenu très évanescent et accommodant, et souvent dépourvu de sanction qui se trouve chargé de remplir la fonction de gardien de l'accès à ce régime de faveur. Or la gravité de ce dernier rend extrêmement préoccupant la béance des frontières de son champ d'application.

816. La notion d'entreprise, qui semble au cœur des justifications politiques de la mesure de la limitation de responsabilité de l'associé, nous a paru pouvoir être employée utilement à cette fin : suffisamment précise pour être opératoire juridiquement, son utilisation ici permettrait certainement un ciblage plus fin des hypothèses qui, eu égard à sa *ratio legis*, méritent le bénéfice de cette mesure.

817. Le climat général de flottement conceptuel et d'indétermination fonctionnelle dans lequel baigne la matière et dont on a pu déplorer les répercussions sur le terrain du champ d'application des structures à risque limité affecte également leur régime. Il en résulte en effet que, détachés de l'esprit qui devait initialement les animer, les outils servant à l'organisation des SSPRL ne sont souvent plus gouvernés que par des considérations relevant d'une technique aveugle et désincarnée, ce dont leurs utilisateurs peuvent aisément tirer profit afin d'aménager unilatéralement et de manière quasi discrétionnaire, le régime de responsabilité qui leur sera le plus favorable. Par le biais de multiples combinaisons, il est ainsi possible aux individus de limiter leur responsabilité dans une proportion qui apparaît certainement excessive lorsqu'on la rapporte à la logique du régime ou aux objectifs politiques qui sont à sa base, et il en va certainement ainsi lorsque les associés se ménagent une irresponsabilité totale ainsi que le permet le droit positif.

En plus des effets pervers qui, d'un point de vue économique, font douter de la pertinence de la mesure, on observe que la limitation excessive de responsabilité dont, en l'état du droit contemporain, les utilisateurs de ces sortes de structure peuvent bénéficier, fragilise l'ensemble du système juridique car il fausse et neutralise le jeu des transferts de richesses en lesquels le droit privé puise l'essentiel de son effectivité.

818. Afin de redonner un peu de cohérence à la matière, de rééquilibrer ce régime et de l'ajuster à ses justifications politiques, un certain nombre de pistes de réforme ont pu être proposées. Parmi celles-ci, certaines reposent sur l'idée d'une réconciliation des SSPRL avec la notion d'entreprise, clé d'explication majeure, bien qu'occulte, des logiques structurelles de la matière. La détermination de l'apport par exemple, outil de mesure de la responsabilité des associés, ne devrait plus être laissée à la liberté arbitraire des associés mais devrait se retrouver corrélée au financement effectif de l'activité qu'ils réalisent, conformément à la logique primitive de la construction. De même, la notion d'entreprise devrait être mobilisée pour neutraliser la pratique de ventilation discrétionnaire de l'activité en une infinité de structures dont découle une fragmentation injustifiable du gage des créanciers.

D'autres mesures de rééquilibrage du mécanisme ont pu être plus généralement proposées comme par exemple l'instauration d'une procédure élective des entreprises auxquelles le bénéfice de limitation de responsabilité mérite d'être accordé ; l'instauration d'un système d'assurance obligatoire visant à faire supporter de manière mutualisée à la seule collectivité de ceux qui en bénéficient les risques que ce régime fait supporter à la société dans son ensemble (du moins à hauteur du montant illégitimement soustrait du patrimoine social par le jeu de la fiction des bénéfices d'exercice). Ou encore, le retour à une hégémonie des commandites, structures organisées autour d'une répartition des risques qui paraît conforme aux principes du droit civil – réservant le bénéfice de la limitation de responsabilité au seul commanditaire à raison de son statut de simple financier – ce qui *in fine* ne produirait nul bouleversement dès lors qu'en l'état du droit positif, par des biais détournés qui ne vont pas sans effets pervers, une telle répartition des risques se réalise bien souvent : l'associé gestionnaire étant, de fait, tenu intégralement aux risques de l'entreprise.

819. Nous avons cependant bien conscience de l'audace qu'impliquerait la mise en œuvre de ces propositions en l'état du contexte idéologique, politique et juridique actuel. Ainsi que nous avons pu l'évoquer, le droit des sociétés contemporain semble essentiellement guidé par l'objectif de donner satisfaction aux utilisateurs des structures personnifiées (auxquels il est courant de réduire, de manière quelque peu abusive, « la pratique ») ; et cette faveur de principe trouve son fondement d'une part

dans l'objectif traditionnel d'incitation à l'entrepreneuriat, mais aussi dans la nécessité qu'il y aurait de disposer d'un droit des sociétés « compétitif », « attractif », sous peine notamment de pénaliser les entreprises nationales et d'entraîner leur fuite à l'étranger²²⁹⁹.

Au vrai cependant, il y a bien longtemps qu'*entreprise* et *société* ne vont plus nécessairement de pair ainsi que nous nous sommes efforcés à le montrer, et il en résulte que, davantage que la disparition ou l'exil des *entreprises* françaises, c'est la disparition des *sociétés* françaises qu'il semble falloir redouter (soit un phénomène de rupture des acteurs économiques avec le droit français même si, d'un point de vue économique, leurs liens avec la France resteraient inchangés).

Il est clair en effet qu'en l'état du droit européen tel qu'il résulte notamment de la jurisprudence initiée par l'arrêt *Centros*²³⁰⁰, il est parfaitement loisible aux constituants de sociétés de choisir de manière parfaitement discrétionnaire²³⁰¹ la loi de l'État membre sous l'empire de laquelle ils constitueront leur structure, sans que ce choix ne soit limité par un quelconque élément de rattachement objectif comme notamment le lieu d'exercice de l'activité²³⁰².

Depuis, tel le dahu, le droit des sociétés des États membres de l'Union se trouve contraint à ne plus pouvoir aller que dans un sens : celui d'une « course vers le bas »²³⁰³ et de la mise en œuvre de conditions toujours plus favorables pour les

²²⁹⁹ Rapp. K. RODRIGUEZ, « L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés », *art. cit.*

²³⁰⁰ V. not. CJCE, 9 mars 1999, *Centros* : Rec. , I, p. 459 ; *Bull. Joly Sociétés*, , p. 705, § 157, note J.-Ph. DOM ; *D.* , 1999, *Cah. dr. aff., jur.*, p. 550, note M. MENJUCQ ; *Rev. sociétés* , 1999, p. 386, note G. PARLEANI ; *JCP*, éd. E, 1999, p. 1285, no 3, obs. Y. REINHARD ; *JDI* , 2000, p. 484, obs. M. LUBY ; CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, : *Bull. Joly Sociétés*, p. 452, § 91, note M. LUBY ; *JCP*, éd. E, 2003, no 448, note M. MENJUCQ ; *Rev. sociétés*, 2003, p. 315, note J.-Ph. DOM ; *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 508, note P. LAGARDE. CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art Ltd* : *Bull. Joly Sociétés*, , p. 1296, § 272, note M. MENJUCQ ; *D.* , 2003, p. 2504 ; *JCP*, éd. G, II, no 10002, note M. LUBY. CJCE, 27 septembre 1968, *Daily Mail* : Rec. , I, p. 5483. V. plus généralement à propos de cette jurisprudence L. D'AVOUT obs. sous les arrêts *Daily Mail*, *Centros*, et *Cartesio* in C. NOURISSAT, M. KARPENSCHIF (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, PUF, 3ème éd. 2016, n°60 p. 299 et s.

²³⁰¹ La CJUE affirme cependant poser pour limite à sa solution tenant à la possibilité d'un choix discrétionnaire de la loi applicable par les individus, l'hypothèse de la fraude, mais il semble à l'évidence que « sa réalisation paraît toute théorique en raison de la façon dont elle semble comprise par les autorités européennes » (D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 2, PUF, 4^{ème} éd. 2017, n° 1059, p. 592.

²³⁰² V. L. D'AVOUT in *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne, précité* ; P. MAYER, V. HEUZÉ, B. REMY, *Droit international privé*, 12^{ème} éd., LGDJ 2019, n°1117 et s., p. 726 et s. ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op. cit.* t. II, n° 1057 et s., p. 588 et s.

²³⁰³ P. MAYER, V. HEUZÉ, B. REMY, *Droit international privé, op. cit.*, n°1119, p. 728.

constituants et utilisateurs de sociétés, en conséquence du « *law shopping* » institué par cette jurisprudence²³⁰⁴.

820. Toute réforme d'ampleur du droit des sociétés qui – pour la protection de l'intérêt général, de l'intérêt des tiers, ou encore simplement pour la cohérence du droit – aboutirait à une législation jugée trop désavantageuse pour les utilisateurs et constituants des sociétés par rapport à la législation nationale européenne la plus favorable, serait presque irrémédiablement condamnée à ne recevoir application qu'aux paresseux, aux ignorants – ainsi qu'à quelques esprits scrupuleux qui, n'appartenant pas à l'espèce *homo economicus*, choisiraient d'agir contre leur intérêt individuel pour des considérations morales ou politiques – dès lors qu'il est parfaitement loisible aux individus « de choisir pour constituer leur société la législation la moins contraignante, quitte à exercer ensuite la totalité de leur activité sur le territoire d'un autre État »²³⁰⁵.

De ce fait, les différents impératifs qui pourraient guider le législateur dans l'exercice de sa fonction (justice, opportunité, cohérence, ...) viennent à se trouver subordonnés à cet impératif premier qu'est la faveur pour les constituants et utilisateurs des sociétés, dès lors que cette faveur a été quasiment érigée *de facto* en une condition d'application de sa réglementation. En effet, le droit que façonnera le législateur ne s'appliquera qu'à la condition d'être choisi par les utilisateurs des structures, ce qui implique logiquement qu'il leur soit suffisamment favorable par rapport à la législation européenne la plus avantageuse.

Aussi, la marge de manœuvre du législateur pour penser son Droit se trouve encadrée par cet impératif qui est que, pour recevoir application, sa réglementation ne saurait faire supporter aux utilisateurs des contraintes ou des inconvénients supérieurs à ceux inhérents à la démarche d'aller rechercher le bénéfice de la loi européenne matériellement plus favorable (barrière de la langue, de la connaissance et de la familiarité avec le droit et le système administratif étranger, etc.).

821. De ce fait, nous sommes bien conscients des difficultés de réalisation d'un rééquilibrage du régime de limitation de la responsabilité suivant les pistes que nous

²³⁰⁴ V. not. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op. cit.* t. II, n° 1057 et s., p. 588 et s., spéc. n°1059, p. 592 ; K. RODRIGUEZ, « L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés », *art. cit.*

²³⁰⁵ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op. cit.* t. II, n°1059, p. 592.

proposons. À tout le moins cependant, nous aurons pu contribuer à faire prendre conscience des malfaçons de ce régime et si les propositions suggérées devaient en l'état de la jurisprudence européenne sembler trop audacieuses, nous pouvons espérer que ce travail puisse au moins servir de marchepied pour l'élaboration de pistes alternatives d'amendement de ce régime. Et si ce dernier devait se perpétuer, au moins aurons nous désormais conscience de ses incohérences, de ses effets pervers, de l'injustice et du caractère inopportun de certains de ses aspects ; et l'on pourrait au moins, grâce à Baudelaire, se convaincre d'avoir réalisé en cela un modeste progrès car « on n'est jamais excusable d'être méchant, mais il y a quelque mérite à savoir qu'on l'est ; et le plus irréparable des vices est de faire le mal par bêtise »²³⁰⁶.

822. Il est surtout permis d'espérer qu'un jour cette position largement critiquée de la jurisprudence européenne soit abandonnée²³⁰⁷. Voire que, plus généralement, l'idéologie politique dominante vienne à reprendre un peu de hauteur et que la réglementation ne soit plus pensée seulement à l'aune de l'objectif de croissance économique, trop souvent réduit à « ce qui est bon pour l'entreprise », à son tour presque exclusivement entendu comme « ce qui est favorable à l'actionnaire »²³⁰⁸.

Bien qu'il ne s'agisse vraisemblablement que de ce que l'on nomme communément un « effet d'annonce »²³⁰⁹ sans véritable portée juridique²³¹⁰, on peut trouver dans la récente loi PACTE²³¹¹ les marques de l'amorce d'une timide évolution en ce sens, notamment dans la réécriture de l'article 1833 du Code civil qui énonce désormais que la société est gérée dans son intérêt social « en prenant en considération les

²³⁰⁶ *Le Spleen de Paris*, éd. Librairie générale française, coll. « Le Livre de poche », 1994, XXVIII, « La fausse monnaie », p. 113.

²³⁰⁷ V. not. la proposition du Deutscher Rat für Internationales Privatrecht en vue de l'adoption d'une réglementation du droit international des sociétés au niveau européen/national, publiée en français in *Rev. crit. DIP* 2006, p. 712 et s. ; et rapp. également, la Résolution du Parlement européen du 14 juin 2012 sur l'avenir du droit européen des sociétés, 2012/2669 (RSP).

²³⁰⁸ Rapp. E. MORIN, France Culture, *La grande table*, le 10 septembre 2019 : « La pensée politique s'est progressivement réduite à l'économie, et l'économie s'est progressivement réduite à une conception (...) "néolibéraliste" qui pense que le profit (...) et la richesse vont ruisseler naturellement s'il y a un développement de la croissance ». Sur ce sujet v. aussi not. P. DUMOUCHEL et J. P. DUPUY *Le sacrifice et l'envie, le libéralisme aux prises avec la justice sociale*, Calman Levy, 1992 ; S. FOUCART *Des marchés et des dieux: Quand l'économie devient religion*, Grasset 2018 ; J.-P. DUPUY, « L'argent et la corruption des valeurs », *Esprit*, Juil.- août 2019, p. 143 et s. Et rapp. *supra* n° 237 et s.

²³⁰⁹ A. TADROS, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D.* 2018, p. 1765 et s., spéc. n°11.

²³¹⁰ V. par exemple D. SCHMIDT, « La loi PACTE et l'intérêt social », *D.* 2019, p. 633 ; A. COURET et B. DONDERO, *Loi Pacte et droit des affaires*, Dossier pratique, Éd. Francis Lefebvre, 2019, p. 13, n° 105. *Contra*, v. M. TIREL, « La réforme de l'intérêt social et la « ponctuation signifiante », *D.* 2019, p. 2317.

enjeux sociaux et environnementaux de son activité »²³¹². Si l'avancée est vraisemblablement nulle d'un point de vue juridique, on peut toutefois avec quelque optimisme y déceler les ferments d'une évolution idéologique²³¹³.

Nombreux sont par ailleurs les observateurs à penser l'hégémonie du néo-libéralisme arrivée à son terme ; la conscience grandissante des dangers climatiques induits par notre système économique actuel s'affirme comme un potentiel élément déclencheur d'un tel basculement idéologique et de l'abolition du règne de la croissance économique sur le débat politique²³¹⁴, voire de cette mise sous surveillance de l'État par le marché qui, selon Michel Foucault, caractérise le système néo-libéral²³¹⁵.

Si une telle évolution idéologique venait à se réaliser, alors la probabilité que les pistes de réforme envisagées dans la présente thèse puissent voir le jour pourrait certainement s'accroître. Non pas naturellement que celles-ci soient intrinsèquement incompatibles avec un système libéral, mais parce qu'une telle évolution conduirait vraisemblablement à une relativisation de l'objectif de promotion de l'entreprise privée à tout prix, horizon indépassable dans l'idéologie triomphante actuelle²³¹⁶.

²³¹¹ L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

²³¹² Ou encore la politique d'intégrer aux statuts une « raison d'être », v. C. civ. art. 1835 et les commentaires cités en note *supra*.

²³¹³ Rapp. B. FRANÇOIS, « Apports de la loi Pacte en matière de gouvernement d'entreprise » *Rev. sociétés* 2019, p. 493 et s., spéc. n°1, qui voit dans cette disposition un « changement de paradigme : une nouvelle gouvernance s'esquisse, qui confère un rôle accru aux parties prenantes » traduisant « évolution du rôle de l'entreprise - et partant du capitalisme ».

²³¹⁴ V. not. récemment, B. STIEGLER, « *Il faut s'adapter* ». *Sur un nouvel impératif politique*, Collection NRF Essais, Gallimard 2019 ; rapp. R. DEBRAY, *Le siècle vert, Un changement de civilisation*, Tract, Gallimard, 2020 ; D. DJAÏZ, *Slow Démocratie*, Allary, 2019 ; I. STENGERS, *Réactiver le sens commun. Lecture de Whitehead en temps de débâcle*, Gallimard, 2020 ; J.-C. MICHÉA, *Notre ennemi, le capital*, Flammarion, coll. « Climats », 2016. Rapp. encore la tribune collective signée par mille scientifique qui s'affichait en une du journal *Le Monde* du 21 février 2020 : « Face à l'écologie, la rébellion est nécessaire » (*Le Monde*, 21 fév. 2020, p. 1 et 22) et dans laquelle était par exemple affirmé que « les objectifs de croissance économique qu'il [le gouvernement] défend sont en contradiction totale avec le changement radical de modèle économique et productif qu'il est indispensable d'engager sans délai ».

²³¹⁵ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, Gallimard, Seuil, 2004, spéc. p.120 « un État sous surveillance de marché, plutôt qu'un marché sous surveillance de l'État » ; Rapp. J.-L. METZGER, « Penser avec Foucault pour comprendre l'extension du pouvoir en régime néolibéral », *Recherches sociologiques et anthropologiques*, 47-2, 2016, p. 117 et s. Rapp. J.-C. MONOD, *L'art de ne pas être trop gouverné*, Seuil, 2019.

²³¹⁶ Rapp. S. FOUCART *Des marchés et des dieux: Quand l'économie devient religion*, Grasset 2018.

Bibliographie

I) TRAITÉS, MANUELS, COURS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

- E. ALFANDARI, *Droit des affaires*, Litec, 1993
- E. ALFANDARI et J.-P. DUHTEIL (dir.), *Association*, Dalloz, Action, 2000
- L. ANDREU et N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, 4^{ème} éd., Gaulino, 2019
- F. ARTHUYS, *Traité des sociétés commerciales*, t. I, 3^{ème} éd., Sirey, 1916
- C. ATIAS, *Droit civil, Les personnes, les incapacités*, PUF, 1985
- C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, 2002
- J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit*, 17^{ème} éd., Sirey, 2018
- C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, 4^{ème} éd. Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1869-1883
- G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 33^{ème} éd., Dalloz, 2020
- L. AYNÈS, P. CROCQ et A. AYNÈS, *Droit des sûretés*, LGDJ, 13^{ème} éd., 2019
- A. BÉNABENT *Les obligations*, 18^{ème} éd., LGDJ, 2019
- J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012
- J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Les biens*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2019
- J. BIGOT, V. HEUZE, J. KULLMANN, L. MAYAUX, R. SCHULZ, K. SONTAG, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, t.3, 2^{ème} éd., LGDJ, 2014
- M. BILLAU, J. GHESTIN, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005
- J. R BLAISE, R. DESGORCES, *Droit des affaires*, LGDJ, 2017
- C. BLUMANN, L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 7^{ème} éd., Lexis-Nexis, 2019
- C. BOUTARD-LABARDE et G CANNIVET, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, 1994
- Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5^{ème} éd., LexisNexis, 2018
- D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 2, PUF, 4^{ème} éd. 2017
- M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, Ch. MOULY et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, 10^{ème} éd. Lexis-Nexis, 2015
- H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2015
- J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, 19^{ème} éd., PUF, 2000
- J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^{ème} éd., PUF, Thémis, 2000
- Y. CHARTIER, *Droit des affaires*, t. 2, *Sociétés commerciales*, PUF, 1992
- F. COLLART-DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 11^{ème} éd., Précis Dalloz, 2019
- A. COLLIN et H. CAPITANT, *Cours de droit civil*, 4^{ème} éd., Dalloz, 1923-1925

- E. COPPER ROYER, *Traité des sociétés anonymes*, t. 1, 4^{ème} éd., Sirey, 1931
- J. COPPER ROYER *et al.*, *Traité des sociétés*, t. 2, Sirey, 1939
- G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 9^{ème} éd., PUF, 1997
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} éd. PUF - Quadrige, 2018
- M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 32^{ème} éd. Litec, 2019
- A. DECOCQ, G. DECOCQ, *Droit de la concurrence*, 8^{ème} éd., LGDJ, 2018
- F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial*, 12^{ème} éd., LGDJ, 2019
- M. DELANGLE, *Des sociétés commerciales, commentaire du titre III, livre Ier du code de commerce*, Joubert, 1843
- R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, éd. La mémoire du Droit, 2002
- P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 5^{ème} éd., LGDJ, 2019
- J. DEVÈZE *et al.*, *Dictionnaire Lamy droit du financement*, éd. Lamy, 2019
- P. DIDIER, *Droit commercial*, tome II, *L'entreprise en société, les groupes de sociétés*, PUF, 1999
- P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, t.1, *Introduction générale, l'entreprise commerciale*, Economica, 2005
- P. et Ph. DIDIER, *Droit commercial, les sociétés commerciales*, Economica, 2011
- E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^{ème} éd., Lexis-Nexis, 2019
- J. ESCARRA, *Manuel de droit commercial*, Sirey, 1948
- J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. 1, Sirey, 1950
- M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 5^{ème} éd. PUF, 2019
- M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t.2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, 4^{ème} éd., PUF, 2019
- B. FAGES, *Droit des obligations*, 9^e éd., LGDJ, 2019
- P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Treuttel et Würtz, 1827- 1832
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, tome 1, *L'acte juridique*, 16^{ème} éd., Sirey, 2014
- A. FREMERY, *Études de droit commercial* ; Alex-Gobelet, 1833
- J. GHESTIN, A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil, les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010
- J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005
- J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1994
- J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 3^{ème} éd, LGDJ, 2001
- J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat : l'objet et la cause, les nullités*, 4^{ème} éd., LGDJ, 2013
- P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1911, Dalloz, 2003
- G. GOUBEAUX, *Les personnes*, LGDJ, 1989
- B. GOUTHIERE, J.-P. REGOLI *et al.*, *Mémento Francis Lefebvre sociétés civiles*, Francis Lefebvre, 2019
- M. GRIMALDI, *Droit des successions*, 7^{ème} éd., Lexis-Nexis, 2017

- D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, 10^{ème} édition, 2019
- Y. GUYON, *Traité des contrats, les sociétés : aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5e éd., LGDJ, 2002
- J. HAMEL et G. LAGARDE *Traité de droit commercial*, 1^{ère} éd., Dalloz, 1954
- J. HAMEL, G. LAGARDE et JAUFFRET, *Droit commercial*, t. 1, vol. 2 : *Sociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1980
- J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986
- C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 7^{ème} éd., Sirey, 1935 et suppl. 1937
- D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Bruylant, coll. « Paradigme », 3^{ème} éd., 2017
- M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 1994
- L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, Sirey, 1930
- L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1924
- Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14^{ème} éd., Précis Dalloz, 2017
- C. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil. Tome 3 : Les obligations. Le contrat*, dir. C. LARROUMET, 9^{ème} éd., Economica, 2018
- J. LASSERRE CAPDEVILLE, N. ERESEO, J.-Ph. KOVAR, M. MIGNOT, R. ROUTIER et M. STORCK, *Droit bancaire*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2019
- P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2019
- D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 13^{ème} éd., LGDJ, 2019
- P. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 11^{ème} éd., Dalloz, 2017
- J.-G. LOCRÉ, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français*, t. XIV, Treuttel et Würtz, 1827
- J.-G. LOCRE, *Esprit du Code de commerce*, 2e éd., t. 2, J.-B. Garnery libraire, 1829
- S. LOYER (dir.), *Mémento Francis Lefebvre fiscal*, Francis Lefebvre, 2019
- F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, 2^{ème} éd., PUF, 2018
- C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1906
- Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, 5e éd. par A. AMIAUD, t. II, 1re partie, *Des sociétés*, LGDJ, 1928
- D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCÉ, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 3^{ème} éd. 2019
- Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2018
- Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et M. JULIENNE, *Les biens*, LGDJ, 8^{ème} éd. 2019
- Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2018
- Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, 6^{ème} éd., LGDJ, 2018
- G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, *Les personnes*, 3^e éd., Sirey, 1976
- G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations*, 2^{ème} éd., Sirey, 1988
- P. MAYER, V. HEUZÉ, B. REMY, *Droit international privé*, 12^{ème} éd., LGDJ, 2019
- H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Traité de la responsabilité civile*, t. III, 6^{ème} éd., Montchrestien, 1978
- H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, 9^{ème} éd. Montchrestien, 1998

- M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat, 5^{ème} éd., 2018
- A. CHARVERIAT, M.-E. SÉBIRE, B. DONDERO, F. GILBERT (dir.) *Mémento Francis Lefebvre Sociétés commerciales*, 51^{ème} éd., Francis Lefebvre, 2019
- Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 22^{ème} éd., Précis Dalloz, 2018
- J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO (dir.), *Lamy sociétés commerciales*, éd. Lamy, 2019
- J. MESTRE, E. PUTMAN et D. VIDAL, *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, 1995
- P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *Droit des sociétés*, 2e éd., Joly, 2013
- C. NOURISSAT, M. KARPENSCHIF (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, 3^{ème} éd., PUF, 2016
- F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^{ème} éd., LGDJ, coll. manuel, 2014
- N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2018
- P. PIC et J. KREHER, *Des sociétés commerciales*, T. I, 3^{ème} éd., Rousseau 1940
- M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 1, *Les personnes*, par R. et J. SAVATIER, 2^e éd., LGDJ, 1952
- M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, Principes généraux, personnes, biens, LGDJ, 3^{ème} éd., 1905
- M. PLANIOL, *Droit civil*, t.1, 7^{ème} éd., LGDJ, 1918,
- M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, 2e partie par C. ESMEIN, 2e éd., LGDJ, 1952
- M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^{ème} éd., t. XI par A. ROUAST, R. SAVATIER, J. LEPARGNEUR et A. BESSON, LGDJ, 1954
- P. PONT, *Explication du Code Napoléon, Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, tome 7, Delamotte, 1872
- R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de société*, Letellier, 1807
- R.-J. POTHIER, *Œuvres complètes*, tome 7 ; *Du contrat de bail à rentes, du contrat de société, des cheptels*, Thomine et Fortic, 1823
- G. RIPERT, *Droit maritime*, Rousseau, 1952 II, *L'exploitation maritime*
- G. RIPERT, traité élémentaire de *Droit commercial*, 7^{ème} éd., par R. ROBLLOT, LGDJ, 1972
- G. RIPERT, R. ROBLLOT, M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales*, 22^{ème} éd. LGDJ, 2017
- G. RIPERT, R. ROBLLOT, par M. GERMAIN et P. DELEBECQUE, *Traité de droit commercial*, 17^{ème} éd., LGDJ, 2004
- J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^{ème} éd., PUF, 2013
- H. ROLLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, 7^{ème} éd., Lexis-Nexis, 2016
- H. ROLLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, 1999
- C. SAINT-HALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficultés*, 11^{ème} éd., LGDJ, 2018
- R. SAVATIER, *Traité de responsabilité civile*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1951
- B. SEGRESTIN, A. HACHTUEL, *Repenser l'entreprise*, Seuil, 2014
- P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, 18^{ème} éd., Dalloz, 2019
- B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, 1995
- B. STARK, *Droit civil, Obligations*, LexisNexis Litec, 1972
- Y. STRICKLER, *Les biens*, 2006

- F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Les personnes*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2012
- F. TERRÉ et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au Droit*, 11^{ème} éd., Dalloz, 2019
- F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, 12^{ème} éd., Précis Dalloz, 2018
- E.-E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5^{ème} éd., Rousseau, 1916
- E.-E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e éd., Rousseau et Cie, 1931
- E.-E. THALLER, P. PIC et J. KREHER, *Traité général théorique et pratique de droit commercial*, t. I, *Des sociétés commerciales*, 3^e éd., Rousseau, 1940
- R. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, Du contrat de société civile et commerciale, ou commentaire du titre IX du livre III du code civil*, t.2, Charles Hingray Paris, 1843
- A. VAVASSEUR, *Traité théorique et pratique des sociétés par actions*, Cosse et Marchal, 1868
- P. VERNIMMEN, P. QUIRY, Y. LE FUR, *Finance d'entreprise*, 17^{ème} éd. Dalloz, 2019
- A. VIALA, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010
- D. VIDAL, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd. LGDJ, 2010
- E. VINCENS, *Exposition raisonnée de la législation commerciale*, Barrois l'ainé éd. 1821
- G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2019
- G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4^{ème} éd. LGDJ, 2013
- G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, 4^{ème} éd., LGDJ, 2017
- L. VOGEL, *Droit européen des affaires*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2019
- A. WAHL, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Sirey, 1922
- A. WEILL, *Droit civil*, 1^{ère} éd., Dalloz, 1968
- F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cour de droit civil. Contrats. Théorie générale. Quasi-contrats*, PUF, 2014

II) THÈSES, MONOGRAPHIES ET OUVRAGES SPÉCIAUX

- P. AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit, Essai de phénoménologie juridique*, LGDJ, 1964
- P ANCEL, *Le cautionnement des dettes d'entreprise*, Dalloz, 1989
- P. ARTUS et M. P. VIRARD, *Le capitalisme est en train de s'autodétruire*, éd. La Découverte, 2005
- J. AUBIN, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, th. Bordeaux 1897,
- P. E. AUDIT, *La naissance des créances, approche critique du conceptualisme juridique*, préf. D. MAZEAUD, Dalloz, 2015
- N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, préf. M. GRIMALDI, LGDJ, 2014

- G. BARANGER, *La société civile*, GLN Joly édition, 1995
- B. BARRAUD, *Le droit postmoderne, Une introduction*, L'Harmattan, 2017
- C. BARRILLON, *Le critère de la qualité d'associé*, préf. M.-L. COQUELET, PUAM, 2017
- N. BARUCHEL *La personnalité morale en droit privé*, préf. B. PETIT, LGDJ, 2004,
- H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979
- Ch. BAUDELAIRE, *Le Spleen de Paris*, éd. Librairie générale française, coll. « Le Livre de poche », 1994
- B. BAUDRY et V. CHASSAGNON, *Les théories économiques de l'entreprise*, éd. La découverte, 2014
- V. BECANE, *Commentaire sur l'ordonnance du commerce du mois de mars 1673*, par JOUSSE, 2^{ème} éd., Joubert, 1841
- S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, préf. T. CLAY, Institut Universitaire de Varenne, 2014
- A. A. BERLE et G. C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, Harcourt, Brace and World Inc. New York, 1932
- P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. de L. AYNES, LGDJ, 2007
- P. BEZARD, *La société anonyme*, Montchrestien, 1986
- H. BLAISE, *L'apport en société*, préf. R. HOUIN, Sirey, 1955
- J.-C. BLUNTSCHLI, *Théorie générale de l'État*, trad. A. RIEDMATTEN, 2^{ème} éd., Guillaumin, 1881
- D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, th. Univ Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2002
- L. BOY, *La notion d'intérêt collectif*, th., Nice, 1979
- L. BOYER, *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préf. J. MAURY, Sirey, 1947
- M. BUCHBERGER, *Le contrat d'apport. Essai sur la relation entre la société on associé*, préf.
- M. GERMAIN, éd. Panthéon-Assas, 2011
- R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. P. CATALA, LGDJ, 1990
- J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, LGDJ, 1959
- H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1927
- J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, th. Bordeaux, 1932
- J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd. LGDJ, 2001
- E. CASIMIR, *Les catégories d'actionnaires*, th. Paris II, 2015
- F. CASTRES-SAINT-MARTIN-DRUMMOND, *Les sociétés dites holdings*, th. Paris 2, 1993
- N. CATALA, *L'entreprise*, Dalloz, 1980
- C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962
- C. CHAMPAUD, *La place des intérêts publics dans les procédures collectives*, PU Lille, 1978
- C. CHAMPAUD (dir.), *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise*, Larcier, 2011
- C. CHAMPAUD et J. PAILLUSSEAU, *L'entreprise et le droit commercial*, Colin, 1970

- Y. CHAPUT, *L'objet social des sociétés commerciales*, thèse, Clermont, 1973
- Y. CHAPUT, *La société à responsabilité limitée*, Dalloz, 1994
- F. CHÉNEDE, *Les commutations en droit privé*, préf. A. GHOZI, *Economica* 2008
- D. COCHET, *Le droit aux bénéfices des associés*, th. Paris II, 2002
- P. CORDONNIER, *De l'égalité entre actionnaires*, th. Paris, 1924
- P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales*, préf. P. DURAND, Langres, 1950
- C. COUPET, *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, préf. H. SYNDET, LGDJ, 2015
- A. COURET et B. DONDERO, *Loi Pacte et droit des affaires*, Dossier pratique, Éd. Francis Lefebvre, 2019
- A. COURET et H. LE NABASQUE (dir.) *Quel avenir pour le capital social ?*, Actes du colloque du Centre de droit financier de l'Université de Paris I, Dalloz, 2004
- P. COURTOIS, *Les apports dans les sociétés à responsabilité limitée*, LGDJ, 1929
- V. CUISINIER, *L'affectio societatis*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, préf. A. MARTIN-SERF, Litec, 2008
- C. CUTAJAR-RIVIERE, *La société écran : essai sur sa notion et son régime juridique*, préf. P. DIENER, LGDJ, 1998
- C. CYRILLE, *La vocation aux bénéfices et la contribution aux pertes de l'associé*, th. Bordeaux, 2009
- J. DABIN, *La Technique de l'élaboration du droit positif*, Bruylant, Sirey, 1935
- M. DAGOT, *La simulation en droit privé*, préf. P. HEBRAUD, LGDJ, 1967
- S. DANA-DEMARET, *Le capital social*, préf. Y. REINHARD, Litec, 1989
- R. DEBRAY, *Le siècle vert, Un changement de civilisation*, Tract, Gallimard, 2020
- D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, Odile Jacob, 1997
- Y. DECROIX, *Du capital social à la situation nette*, th. Rouen, 2004
- A. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles, histoire, jurisprudence, vues critiques, droit français et étranger*, V. Giard et E. Brière, 1895
- C. DEL CONT, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, préf. F. COLLART DUTILLEUL et G. J. MARTIN, L'Harmattan, 1998
- P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. Aix-Marseille, 1982
- F. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision. Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de sociétés civiles et de personnalité morale*, préf. J. PATARIN, LGDJ, 1968
- G. DELLEUZE et F. GUATTARI, *L'anti-Œdipe, capitalisme chizophrénie*, Éditions de Minuit, 1968
- M. DESPAX *L'entreprise et le droit*, préf. G. MARTY, LGDJ, 1957
- G. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Les personnes morales*, LGDJ, 1919
- D. DJAIZ, *Slow Démocratie*, Allary, 2019
- J.-P. DOM, *Les montages en droit des sociétés*, Joly, 1998
- J. DOMAT, *Oeuvres complètes* par J. REMY, t. 1er, Firmin Didot, 1828
- J. DUCLOS, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, préf. D. MARTIN, LGDJ, 1984
- Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Les sociétés anonymes en droit français, allemand et italien*, t.1: *Le contrôle judiciaire de la constitution des sociétés en droit allemand et italien et la loi française du 24 juillet 1966*, LGDJ, 1969

- A. DUMAS fils, *La Question d'argent*, 1857, Nabu-Press, 2012
- M.- P. DUMONT-LEFRAND et C. LISANTI (dir.), *Le patrimoine de la personne physique à l'épreuve des procédures collectives : quels nouveaux enjeux ?*, Actes du colloque tenu le 29 mai 2015 à la Faculté de Droit science Politique de Montpellier, LexisNexis, 2016
- P. DUMOUCHEL et J. P. DUPUY, *Le sacrifice et l'envie, le libéralisme aux prises avec la justice sociale*, Calman Levy, 1992
- C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, préf. P. HEBRAUD, LGDJ, 1973
- D. ESKINAZI, *La qualité d'associé*, dir. A.-S. BARTHEZ, th. Cergy, 2005,
- P. EYSSARTIER, *La gestion de patrimoine privé à l'épreuve de l'abus de droit fiscal*, thèse Bordeaux, 2014
- N. FADEL RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, préf. F. TERRÉ, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1991
- A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *Fonds d'indemnisation et de garantie*, LGDJ, 2003
- L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, th. Orléans, 2002
- S. FOUCART, *Des marchés et des dieux. Quand l'économie devient religion*, Grasset, 2018
- M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, Gallimard, Seuil, 2004
- L. FRANCOIS, *Le cap des tempêtes, Essai de microscopie du droit*, Bruylant, 2^{ème} éd., 2012
- É. GAILLARD, *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, th. Lyon, 1932
- Em. GAILLARD *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica, 1985
- J. K. GALBRAITH, *Le nouvel État industriel*, Gallimard, 1967
- J. P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, LGDJ, 1977
- M. GAUBUSSEAU, *L'objet des sociétés*, Thèse dactyl., Paris, 1948
- E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, 1937, rééd. Dalloz, 2004
- F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1914
- F. GENY, *Méthode d'interprétation source en droit privé positif, essai critique*, LGDJ, 1919
- L. GODON, *Les obligations des associés*, préf. Y. GUYON, Economica, 1999
- A. GRAMSCI, *Cahiers de prison*, trad. sous la responsabilité de Robert Paris, Gallimard 1983
- L. GROSCLAUDE, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, th. Paris 1, dir. P. LE CANNU, 1997
- C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1992
- S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. NERSON, LGDJ, 1976
- G. GUSDORF, *La parole*, PUF, 1998
- J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, préf. N. MOLFESSIS, Economica, 2012
- J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1971
- R. HAUTCOEUR, *Les apports à prestations successives ou continues dans les sociétés : (apports en jouissance-apports en travail)*, th. Lille, 1928
- J. HEMARD, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait: étude de jurisprudence et de droit comparé*, Sirey, 1912

- T. HOBBS, *Léviathan*, 1651, trad. G. MAIRET, Gallimard coll. « Folio Essais », 2000
- H. HOVASSE, *La validité des sûretés consenties entre sociétés groupées et le principe d'autonomie patrimoniale*, th. Rennes, 1974
- J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, th. Paris II, 1978
- E. HUSSERL, *Méditations cartésiennes, Introduction à la phénoménologie*, trad. G. PEIFFER, E. LEVINAS, Vrin, 1947
- M. HUYGHÉ DE MAHENCE, *L'unification du régime juridique des personnes morales de droit privé*, th. Aix, 1975.
- E. JAMES, *Les formes d'entreprises*, Sirey, 1935
- R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1909
- L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1897
- L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Arthur Rousseau 1905
- L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1939, rééd. Dalloz, éd. Mémoire du droit 2006
- E. KANT, *Œuvres philosophiques*, Tome II, *Des Prolégomènes aux écrits de 1791*, Bibliothèque de la Pléiade, n° 317, 1985
- H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. C. EISENMANN, Dalloz, 1962
- F. KONDER COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, th. Paris, 1963
- H. KRUGER, *Liberté de gestion et endettement des entreprises en droit fiscal*, préf. P. DIBOUT, LGDJ, 2007
- H. D. LACORDAIRE, *Œuvres du R. P. Henri-Dominique Lacordaire*, Paris, Poussielgue frères, 1872
- S. LACROIX-DE SOUSA, *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, préf. M.-E. ANCEL, L.G.D.J., 2010
- B. LECOURT, *L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, préf. Y. GUYON, LGDJ, 2000
- P. LEDOUX, *Le droit de vote des actionnaires*, préf. Ph. MERLE, LGDJ, 2002
- A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIX^{ème} siècle*, PUF, 1985
- L. LE HEN, *Libéralisme professionnel et capitalisme sociétair dans les sociétés d'exercice libéral*, thèse Rennes, dir. C. CHAMPAUD, 1996
- H. LEPAGE, *Pourquoi la propriété*, Hachette, coll. Pluriel, 1985
- L. LEVENEUR, *Situation de fait et droit privé*, préf. M. GOBERT, LGDJ, 1990
- M. LEVENEUR-AZEMAR, *Études sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2017
- H. LEVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Domat-Montchrestien, 1938
- H. LEVY-BRUHL, *La morale et la science des Mœurs*, 15^{ème} éd., PUF, 1953
- R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé français*, préf. P. MAYER, LGDJ, 1992
- R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit, Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013
- P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004

- F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, préf. L. LORVELLEC, LGDJ, 1997
- P.-J. MAERTENS, *Commentaire de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis*, Imprimerie de Polack-Duvivier, 1851
- J. MAILLET, *La théorie de Schuld et Haftung en droit romain*, th. Aix, 1944
- P. MANENT, *La raison des nations*, Gallimard, 2006
- G. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, th. Nancy, 1977
- H. MARTRON, *Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privé*, préf. J.-C. HALLOUIN, LGDJ, 2011
- K. MARX, *Le capital*, in *Œuvres*, t. II, Bibliothèque de la Pléiade, n° 204, 1968
- N. MATHEY, *Recherches sur la personnalité morale en droit privé*, th. Paris II, 2001
- A. MATHIEU et A. BOURGUIGNAT, *Commentaire de la loi sur les sociétés des 24-29 juillet 1867*, LGDJ, 1868
- P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *Recueil des cours de l'Académie internationale de La Haye*. Brill, 2007, t. 327, p. 115
- B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, Francis Lefebvre, 2016
- M. MERLEAU-PONTY, *Phénoménologie de la perception*, 1945, tel-Gallimard, 1976
- S. MESSAÏ-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, préf. P. Le CANNU, IRJS éditions, 2009
- I.-N. MICESCO, *La personnalité morale et l'indivision comme constructions juridiques*, Bonvalot-Jouve, 1907
- J.-C. MICHÉA, *Notre ennemi, le capital*, Flammarion, coll. « Climats », 2016
- L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale on application en droit français*, 1^{ère} éd., 1906-1909 et 2^{ème} éd. LGDJ, 1924
- M. MONEGER, *Le contrôle de la constitution de la société, facteur de sa viabilité initiale*, th. Paris, 1976
- J.-C. MONOD, *L'art de ne pas être trop gouverné*, Seuil, 2019.
- M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, préf. A. VIANDIER, LGDJ, 1998
- G. MORIN, *La révolte du Droit contre le Code*, Sirey, 1945
- H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé - La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préf. P. ROUBIER, Sirey 1948, rééd. Dalloz, 2002
- J.-M. MOULIN, *Le principe d'égalité dans la société anonyme*, th. Paris V, 1999
- F. NIETZSCHE, *Généalogie de la morale*, 1966, Gallimard, 1971
- F. NIETZSCHE, *Aurore*, 1974, Trad. J. HERVIER, Gallimard, coll. Idées 1989
- B. OPPETIT *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963
- B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, 1998
- G. ORWELL, *La ferme des animaux*, 1945, trad. J. QUEVIN éd. Folio Gallimard, 1981
- R. OUACHEM, *Essai sur le capital social comme instrument de garantie des créanciers*, th. Bordeaux IV, 2003
- J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, préf. M.Y. LOUSSOUARN, Sirey, 1967

- N. PELLETIER, *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, préf. F.-X. LUCAS, LGDJ, 2013
- R. PERCEROU, *La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation*, th. dactyl. Paris 1951
- G. PEREC, *La vie mode d'emploi*, 1978, Fayard 1980
- Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.) *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant 1984
- R. PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions*, Sirey, 1947
- J. PIEDELIÈVRE, *Des effets produits par les actes nuls*, Arthur Rousseau, 1911
- T. PIKETTY, *Le capital au XXIème siècle*, Seuil, 2013
- A. PIROVANO, « Introduction critique au droit commercial contemporain », *RTD com.* 1985 p. 219
- J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801, éd. Confluences, 2004
- A. POTIER DE COURCY *Les Sociétés Anonymes. Examen de la loi du 24 Juillet 1867*, Paris, A. Anger, 1869
- P. ORY et J.-F. SIRINELLI, *Les Intellectuels en France de l'affaire Dreyfus à nos jours*, 3^{ème} éd., Armand Colin, 2002
- J. PEYRELEVADE, *Le capitalisme total*, Seuil, 2005
- A. POSEZ, *L'inexistence du contrat*, th. dir. D. BUREAU, Paris II, 2010
- M. PROUST, *Du côté de chez Swann*, 1917, Gallimard Folio classique, 1988
- J. F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, préf. R. MARTIN, LGDJ, 2009
- C. REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, préf. J. PRIEUR, LGDJ, 1994
- G. RENARD, *La Théorie de l'institution – Essai d'ontologie juridique*, Premier volume – partie juridique, Sirey, vol. I, 1930
- G. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, th. Aix, 1902
- G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936
- G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., 1949, LGDJ, Lextenso, 2014
- G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1951
- G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955
- H.-F. RIVIERE, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, Maresq Ainé éditeur, 1868
- J.-P. ROBÉ, *Le temps du monde de l'entreprise*, Dalloz, 2015
- J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1999
- J. ROUAST, *La notion juridique d'apport en nature*, th. Paris, 1949
- P. ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, th. Paris, 1911
- G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, préf. G. MARTY, LGDJ, 1961
- J.-P. SARTRE, *La Nausée*, 1938, Gallimard Folio, 1972
- R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, 1910, rééd. La Mémoire du Droit, 2003
- A SAYAG et M. JEANTIN (dir.), *L'endettement, mode de financement des entreprises*, Litec, 1997

- S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, préf. F. TERRÉ, LGDJ, 2002
- S. SCHINDLER-VIGUIE, *La notion de juste prix en droit positif français*, th. Paris II, 1993
- D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, préf. J.-M. BISCHOFF, Sirey, 1970
- P. SERLOOTEN, M.-H. MONSERIE-BON, Y. LIBERI, *Les sociétés unipersonnelles*, Joly éditions, 2008
- G. SICARD, *Aux origines des sociétés anonymes. Les moulins de Toulouse au Moyen Âge*, Armand Colin, 1953
- A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776, éd. Flammarion, 1991
- F. SPETH, *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, thèse Liège-Paris, 1957
- B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, préf. M. PICARD, Rodstein, 1947
- I. STENGERS, *Réactiver le sens commun. Lecture de Whitehead en temps de débâcle*, Gallimard, 2020
- B. STIEGLER, «Il faut s'adapter». Sur un nouvel impératif politique, Collection NRF Essais, Gallimard, 2019
- J. E. STIGLITZ, *La Grande Fracture*, trad. P. CHEMLA, éd. Les Liens qui Libèrent, 2015
- C. STONE, *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ?* 1972, éd. Le passager clandestin, préf. C. LARRÈRE, 2017
- P. SUDREAU (dir.), *Rapport du comité de réforme de l'entreprise*, éd. 10-18, 1975
- A. SUPIOT (dir.) *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, éd. Collège de France, 2018,
- A. SUPIOT, *La force d'une idée*, éd. Les liens qui libèrent, 2019
- A. SUPIOT et M. DELMAS-MARTY (dir.) *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015
- Y. TCHOTOURIAN, Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société, préf. Y. DEREU, LGDJ, 2011
- F. TEFFO, L'influence des objectifs gouvernementaux sur l'évolution du droit des sociétés, préf. C. HANNOUN, Dalloz, 2014
- M. TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, th. Aix, 1901
- H. TEMPLE, *Les sociétés de fait*, préf. J. CALAIS-AULOY, LGDJ, 1975
- F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2008
- F. TERRÉ (dir.), *EIRL - L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Lexis-Nexis, 2010
- F. TERRÉ (dir.) *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011
- G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, PUF, 1993
- A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unicité du patrimoine, essai critique*, préf. D. TOMASSIN, Defrénois 2007
- F.-G. TRÉBULLE, *L'émission des valeurs mobilières*, préf. Y. GUYON, Economica, 2002

- R. TROPLONG, *De la contrainte par corps en matière civile et de commerce*, Paris Ch. Hingray, lib-éd, 1847
- A. TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes*, Economica, 1985
- I. URBAIN-PARLÉANI, *Les comptes courants d'associé*, préf. C. GAVALDA, LGDJ, 1986
- D. VEAUX, *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales*, Éditions techniques SA, Librairie de la Cour de cassation, 1947
- S. VENTURINI, *Éclats d'une poésie de l'inaccompli*, L'Harmattan, 2012
- A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préf. F. TERRÉ, LGDJ, 1978
- S. VICENTE, *L'activité en tant que bien : réflexions sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner*, th. Grenoble, 1999
- J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, Dalloz, 1957
- F.X. VINCENSINI, *La commercialité, recherche sur l'identification d'une activité* préf. J. MESTRE, PU Aix-Marseille, 1998
- R. Von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^{ème} éd. trad. MEULENAERE, A. Marescq, 1880
- G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1997
- M. XIFARAS, *La propriété, étude de philosophie du droit*, PUF 2004

III) ARTICLES, FASCICULES ET ENTRÉES DE DICTIONNAIRES

- P. ABADIE et G. GOFFAUX CALLEBAUT, « La responsabilité fondée sur l'existence d'un risque particulier », in « Dossier La responsabilité dans les groupes de sociétés », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, mai-juin 2017, p. 4
- J. ABRAS, « Responsabilité extra-contractuelle des dirigeants sociaux. - L'exigence d'une faute séparable des fonctions entendue restrictivement : présent offert aux dirigeants ou nécessité ? », *JCP E*, 2008, 1912.
- M. ALCAZAR, « Le capital hybride : un nouveau marché en plein essor sur le Vieux Continent », *Les échos*, 2 janvier 2006, p. 26
- A. ALCHIAN et H. DEMSETZ, « Production, Information Costs and Economic Organization », *The American economic review*, 1972, p. 777
- E. ALFANDARI, « Les entreprises relevant de la loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés », in « Le souci d'éviter la faillite des entreprises, la loi du 1^{er} mars 1984, Colloque de Deauville », *RJ com.* 1986, n° spéc., p. 33
- T. ALLAIN, « Regards optimistes sur la validité des actions de préférence « dissociées », *Journ. Sociétés*, juin 2013, p. 27
- A. AMIAUD, « L'affectio societatis », in *Aequitas und bonafides, Mélanges Simonius*, éd. Helbing & Lichtenhahn, 1955, p. 1
- L. AMIEL-COSME, « L'efficacité des nullités », *Droit et patrimoine* juin 2000 n°83, p. 89
- P. AMSELEK, « L'étonnement devant le droit », *Archives de philosophie du droit*, tome 13, 1968, p. 163

- P. AMSELEK, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, 1989-10, p. 7
- P. AMSELEK, *Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques*, in *La force normative*, 2009, LGDJ, p. 3
- P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat » *RTD Civ.* 1999 p. 771
- P. ANCEL, « La rétroactivité et la sécurité des tiers », *RDC* 2008, p. 35
- O. ANCELIN-MENAIS, « L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles », *JCP E* 2008, 1428
- P.-H. ANTONMATTEI, « Groupe de sociétés : la menace du co-employeur se confirme ! », *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1484, p. 12
- L. ARCELIN, « La création d'une entreprise non viable ou les limites de l'initiative économique », *LPA*, 2 mars 2004, p 4
- C. ATIAS, « Copropriété immobilière et droit commun », *Dr. et patrimoine*, mai 1997, p. 68
- C. ATIAS et D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, chron. p. 251
- F. AUBERT, M.-C. PINIOT, « Personnalité morale et procédure collectives dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation : de la confrontation à la conciliation », *Mélanges P. Bézard*, Montchrestien 2002, p. 287
- G. AUZERO, « L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », *D. Aff.* 1998, p.502
- G. AUZERO, « La qualité de co-employeur », *Rev. trav.* 2011, p. 634
- G. AUZERO, « Co-emploi : en finir avec les approximations ! », *Rev. trav.* 2016, p. 27.
- L. AYNÈS, « Rapport introductif » des actes du colloque du 22 octobre 2007 « L'anéantissement rétroactif du contrat », *RDC* 2008, p. 9
- M. AZAVANT, « La sanction civile en droit des sociétés », *Rev. des sociétés* 2003, p. 441
- P. BAILLY, « Le co-emploi : une situation exceptionnelle », *JCP S* 2013,1142
- C. BAILLY-MASSON, « La fictivité, une épée de Damoclès disparue », *LPA* 2000, n°16, p. 4
- H. BARBIER, « D'une personne morale à l'autre : transmission des dettes via l'entreprise sous-jacente », *RTD civ.* 2015, p. 388
- J.F. BARBIERI, « Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés », *Petites affiches*, 25 octobre 1996, p. 9
- F. BARBIÈRI, « Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants », *Aspects actuels du droit des affaires Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 41
- J.-F. BARBIÈRI, « Dirigeants et associés d'une entreprise en difficulté : entre partenaires et débiteurs », *LPA* 30 sept. 2008, p. 6
- J.-F. BARBIERI, « Retour sur l'*affectio societatis*, une notion malaimée », *Mélanges P. Serlooten*, Dalloz, 2015, p. 285
- M. BARDOS, D. LEFILLIATRE, « Le poids des frais financiers dans les résultats des sociétés », *Bulletin de la Banque de France*, 1^{er} trimestre 1994, supplément Études, p. 81
- F. BARRIÈRE, v. « Fiducie », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz
- D. BASTIAN, « La réforme du droit des sociétés commerciales », *JCP G* 1967, I, 2121

- J. BAUDOUIN et E. NEVEU, « La gauche et l'entreprise », in *L'entreprise. Nouveaux apports*, Economica, 1987
- M. BEHAR-TOUCHAIS, « Du débiteur de la réparation dans l'ordonnance du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles », *RDC* 2017, p. 310
- J.-M. BERMOND DE VAULX, « Le spectre de l'affectio societatis », *JCP E* 1994, I, 346
- L. BERNARDEAU, « Indépendance et dépendance juridiques ou économiques en fiscalité des entreprises », in « Indépendance juridique de la personne morale *versus* dépendance économique », Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATOME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p. 34
- J.-P. BERTEL, « Liberté contractuelle et sociétés », *RTD com.* 1996, p. 595
- J. P. BERTEL, « Le débat sur la nature de la société », *Études A. Sayag*, Litec 1997 p. 131
- R. BESNARD-GOUDET, « Objet social– Influence sur les pouvoirs des dirigeants » fasc. 9-20 in *J. Class. Société Traité*
- I. BEYNEIX, « La prise en compte de l'entrepreneuriat par le droit » *RTD com.* 2012, p. 671
- P. BEZARD, « Le droit des sociétés face aux défis de la mondialisation », *Rev. Société* 2000, p. 55
- R. BISMUTH, « Remarques conclusives » in « Indépendance juridique de la personne morale *versus* dépendance économique », Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATOME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p.56
- P. BISSARA « L'adaptation du droit français des sociétés aux besoins des sociétés et les aléas de solutions », *Rev. sociétés* 1990, p. 553
- Ph. BISSARA, P. DIDIER et P. MISSEREY, « L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? », *JCP E, Cah. dr. entr.* 1994/5, p. 18
- G. BLANC-JOUVAN, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Dr. Social* 2005, p. 68
- P. BLUMBERG, « Limited Liability and Corporate Groups », *Journal of Corporate Law*, 1986, p. 621
- R. BOFFA et J.-C. DUHAMEL, « La distinction associé créancier à 'épreuve du risque, Analyse juridique appliquée au private equity », CRDPD univ. Lille II, Mission de recherche droit et justice, juill. 2013
- M. BOIZARD, « L'abus de minorité », *Rev. sociétés* 1988, p. 365
- S. BOLLÉE, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. D.I.P.*, 2007, p. 307
- Ch. BOLZE, « La notion d'entreprise en droit communautaire » in *L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires en France dans la perspective de 1992*, *RJ com. num. spécial nov.* 1987, p. 67
- F. BONDIL, « Permanence et évolution du concept de société : du contrat à l'institution ? » in *L'entreprise face au bicentenaire du Code civil*, travaux du CERJDA, vol 5, p. 87
- T. BONNEAU, « La diversification des valeurs mobilières : ses implications en droit des sociétés » *RTD com.* 1988, p. 535

- Th. BONNEAU, « L'acquisition de la qualité d'actionnaire par le salarié dans le plan d'épargne entreprise », *BJS* numéro spécial « Le salarié, sujet de droit des sociétés », juillet 2005, p. 29
- J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010, p. 1
- C. BOUCHARD, « Le caractère contractuel, de l'essence de la société de personne », in *Mélanges F. Frenette*, Presses de l'Université de Laval, 2006, p. 297
- J. BOUCOURECHLIEV, N. HUET, « De natura SARL », in *Études Sayag*, Litec, 1977, p. 177
- B. BOULOC, « Les nouvelles valeurs mobilières : les certificats d'investissement et les titres participatifs », *Rev. sociétés* 1983, p. 501
- R. BOUT, « La convention dite d'assistance », in *Mélanges Kayser*, PUAM, 1979, t. I, p. 157
- W BRATTON et J. MCCAHERY, « An inquiry into the efficiency of the limited liability company », *Washington & Lee Law Review*, 1997, p. 637
- J.-D. BREDIN, « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », *R.T.D. Civ.* 1956, p. 261,
- F. BRUNET, « L'État, garant en dernier ressort », in A. SUPIOT et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF 2015, p. 715
- D. BUREAU, « L'altération des types sociétaires », in *Études de droit privé : mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2006, p. 56
- J. BURGARD, « À propos du contrôle judiciaire de la constitution des sociétés et de certaines modifications statutaires », *JCP G*, I, 1967, 1875.
- R. CABRILLAC, « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », *JCP G* 2008, I, 190
- M. CAFFIN-MOI, « Pour un cantonnement de l'exigence de contribution aux pertes », in *Liber amicorum, Mél. en l'honneur de Ph. Merle*, Dalloz, 2013, p. 101
- M.-T., CALAIS-AULOY, « Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL », *D.* 1986, chron. p. 249
- D. CARAMALLI et E. CAFRITZ, « Le mythe du capital social. Le bien fondé d'une réforme », *Banque et droit*, n°94, mars-avril 2004, p. 3
- J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable en droit de la famille » in Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.) *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant 1984, p. 97
- P. CARCREFF, « La notion de pertes sociales et l'obligation pour les associés d'y contribuer », *Gaz. Pal.* 1973, 2, Doctr. p. 569
- P. CARCREFF, « Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes », *Gaz. Pal.* 1976, 1, p. 145
- M. CHAGNY, « Comment déterminer le(s) responsable(s) et répartir la charge de l'indemnisation : deux questions pratiques à ne pas négliger », in « Réparation du préjudice concurrentiel : quelles nouveautés ? Quelles difficultés ? » *AJCA* 2014, p. 265
- M. CHAGNY, « Responsabilité concurrentielle et civile de l'entreprise », *Contrats Concurrence Consommation* n° 7, Juillet 2017, dossier 6
- A. CHAIGNEAU, « L'entreprise sans patrimoine », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2017, n°5 p. 52
- C. CHAMPAUD, « Les méthodes de groupement des sociétés », *RTD Com* 1967, p. 1005

- C. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967, chron. p. 215
- C. CHAMPAUD, « Propos introductifs », in *Autorité, pouvoirs et responsabilité*, Colloque Rennes, 1983, *Economica* 1985, p. 23
- C. CHAMPAUD, « Le contrat de société existe-t-il encore ? » in L. CADIET (dir.), *Le Droit contemporain des contrats*, *Economica* 1987, p. 125
- C. CHAMPAUD, « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires », *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 161
- C. CHAMPAUD, « Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste structuraliste de la connaissance du droit », in *Philosophie du droit et droit économique – Quel dialogue ? Mélanges G. Farjat*, Frison-Roche éd., 1999, p. 397
- C. CHAMPAUD, « Le droit français des sociétés à l'aube du XXI^e siècle », *Rev. des sociétés* 2000, p. 77
- C. CHAMPAUD, « Les fondements sociétaux de la doctrine de l'entreprise », *Mélanges Paillusseau*, Dalloz, 2003, p. 117
- C. CHAMPAUD, « Propriété, pouvoir et entreprise », in *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général*, Mel. L. Boy, PUAM, 2016, p. 47
- Y. CHAPUT, « L'influence de l'objet social sur les pouvoirs des représentants des sociétés autres que les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée », *JCP N*, 1987. I. 304
- Y. CHAPUT, v. « Objet social » in *Rép. Société* Dalloz
- Y. CHARTIER, « L'évolution de l'engagement des associés », *Rev. sociétés*, 1980, p. 1
- J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1988, p. 659
- E. CHEVREAU, « La *trajectia pecunia* : un mode de financement du commerce international », in *Mémoires de Société pour l'Histoire du Droit*, vol. 65, 2008, p. 37
- D. CHOLAK, « La neutralité de la dogmatique juridique », *Théorie du droit et science*, dir. P. AMSELEK, pp. 293-309, p. 308
- J.-P. CHIFFAUT-MOLIARD, « Plaidoyer pour un capital social négatif », *JCP E*, 2003, I, n°1626
- E. CLAUDEL, « Clauses léonines extrastatutaires. Les voies d'un compromis » in *Prospectives du droit économique, dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 183
- E. CLAUDEL, « Responsabilité au sein des groupes en droit de la concurrence, un exemple à suivre ? » in « Indépendance juridique de la personne morale *versus* dépendance économique », Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATOME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p. 23
- C. CLERC, « Réflexions sur la démocratie actionnariale », *RTDF* 2007, n° 3, p. 88
- D. COHEN, « Les conventions de vote », in *Mélanges Ch. Larroumet*, *Economica*, 2010
- G. COHENDY, « Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public », *RTD civ.* 1914, p. 33
- F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD Civ.* 1996, p. 819
- H. COING, « Signification de la notion de droit subjectif », *Archives de philosophie du droit*, t. 9, « *Le droit subjectif en question* », 1964 p. 1

- L. COMANGES, « Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives », *BJS* 2003, p. 12
- A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 253
- A. CONSTANTIN, « De quelques aspects de l'assurance de responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RJDA* 7/2003, p. 595
- A. CONSTANTIN, « Le groupe, entre autonomie juridique et hétéronomie économique des sociétés qui le composent », *RTD com.* 2011, p. 365
- R. CONTIN et H. HOVASSE, « L'autonomie patrimoniale des sociétés », *D.* 1971, chron. p. 197
- P. CORDONNIER, « L'objet social », *D.* 1952, chron. 171
- G. CORNU, « Les groupements dans la vie familiale » in *Les groupements*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées japonaises t. XLV (1994), Paris, Litec, 1996, p. 143
- C. COUPET et J. HEINICH, « Devoir de vigilance des sociétés mère et des entreprises donneuses d'ordre : une loi finalement adoptée mais amputée », *Droit des sociétés*, com. 128
- A. COURET, « Les nouveaux titres représentatifs de fonds propres », *Bull. Joly* 1986, p. 559
- A. COURET, « Le droit des affaires à la fin des années 80 » in *Mél. P. Lassègue*, Vuibert Gestion, 1990, p. 57
- A. COURET, « Dépendance ou indépendance des qualités d'associé et d'apporteur en compte courant », *BJS* 1992, p. 7
- A. COURET, « L'action de préférence rachetable à la demande du porteur », *Bull. Joly Sociétés*, 2008, p. 344, § 75
- A. COURET « Le droit des sociétés, un droit post moderne », *BJS* 2015, p. 213
- A. COURET, « Faut-il réécrire les articles 1832 et 1833 du code civil ? », *D.* 2017, p. 222
- A. COURET et *al.*, « Assurance de responsabilité pour les dirigeants », *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 760
- G. COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur de J. Savatier, Paris, PUF, 1992, p. 143
- M. COZIAN, « Société civile immobilière - Société d'exploitation, est-ce vraiment un couple infernal ? » *JCP E* 1997, I, 634
- M. COZIAN, « Sous-capitalisation et fiscalité », *RJ com.* 2001, p. 244
- H. CROZE, « Le styliste du Gouvernement », *Procédures* 2014, Repère 6
- E. CUQ, v. « Foenus nauticum », in *Le Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines de Daremberg aglio*, Hachette, 1877-1919
- C. CUTAJAR, « Le montage société civile immobilière-sociétés d'exploitation à l'épreuve de l'extension jurisprudentielle de la procédure collective », *Bull. Joly Sociétés*, 1999, p. 1057, § 247
- C. CUTAJAR-RIVIERE, v. « Société fictive », *Dossier Themexpress*, Lefebvre, 2000, Synthèse, n° 1
- J. DABIN, « Le Problème de la Personnalité Morale de la Famille », *Bulletin de la classe des lettres et des Sciences morales et politiques de l'Académie Royale de Belgique*, 5° série, tome XXXV, Bruxelles, Palais des Académies, p.1
- A. DANIS-FATOME, « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *D.* 2016. 1378

- A. DANIS-FATÔME « L'articulation entre responsabilité personnelle et responsabilité fondée sur le contrôle- La question de la contribution à la dette », in Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATÔME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p. 48, spéc. p. 48
- A. DANIS-FATÔME et G. VINEY « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017, p.1610
- J.-J. DAIGRE, « Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé », *JCP E*, 1996, p. 317
- J.-J. DAIGRE, « La SELARL unipersonnelle : légalité, intérêts et inconvénients. », *BJS* 2000, p. 255
- J.-J. DAIGRE, « Les émissions sans droit préférentiel de souscription », *Rev. Sociétés*, 2004, p. 479
- J.-J. DAIGRE, « L'aménagement du droit de vote », in Dossier spécial « La réforme des valeurs mobilières », *RDBF* 2004, p. 364
- J.-J. DAIGRE, v. « Sociétés fictives » in *Répertoire de droit des sociétés Dalloz*
- J.-J. DAIGRE et D. LEPELTIER, v. « Exercice libéral (Sociétés d) », *Joly Sociétés Traité*
- A. DALION et A. TADROS, « La catégorisation des actionnaires, un pas de plus ou un pas de trop ? Libre propos sur les perspectives d'évolution du droit des sociétés », *Bull. Joly bourse*, 2009, p. 406
- O. DAMIEN, « La profession libérale et l'usager », in *Le défi de la profession libérale, : travaux du 45e congrès de l'Association nationale des avocats de France, Versailles 7-9 juin 1973*, Dalloz 1974, p. 99
- R. DARESTÉ, « La lex Rhodia », *Nouvelle Revue de Droit Français et Étranger*, 1905, p. 429
- I. DAUGAREILH, « La responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité », in A. SUPIOT et M. DELMAS MARTY (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF 2015, p. 183
- C. DAVID, « La faveur fiscale traditionnelle pour l'endettement », in A. SAYAG et M. JEANTIN (dir) *L'endettement, mode de financement des entreprises*, Litec, 1997
- F. DEBOISSY, « Le contrat de société », in *Le contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. LV, Société de Législation Comparée, 2005, p. 119
- F. DEBOISSY, « Société holding animatrice : comment établir la réalité de l'activité d'animation du groupe ? », *Droit fiscal* 2014, n°13, comm. 244
- F. DEBOISSY, « Rapport de synthèse » in « Actes du colloque de l'Université de Caen, Les groupes de sociétés : quels pouvoirs ? Quelle responsabilité ? », dir. J.-C. PAGNUCCO, *Dr. sociétés juin* 2017, n°6, p.40
- F. DEBOISSY et G. WICKER, « La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux », *RTD civ.* 2000, p. 225
- F. DEBOISSY et G. WICKER, v. « Successions. – Indivision. – Indivision et société », *J. Class. Civ.* art. 815 à 815-18 - Fasc. 60
- G. DECOCQ, « La responsabilité en droit des pratiques anticoncurrentielles des sociétés mères du fait de leurs filiales », *RJ com.* 2007, n° 4, p. 281
- G. DECOCQ, « Synthèse du droit français et européen en matière d'imputabilité et de responsabilité civile et pénale », *AJCA* 2015, p. 56

- N. DEDESSUS LE MOUSTIER, « La responsabilité du dirigeant de fait » *Rev. sociétés* 1997, p. 499
- A. DEKEUWER, « Le problème des rapports entre la forme et l'objet des sociétés », *JCP*, éd. CI, 1977. II. 12392
- P. DELEBECQUE, « Les single ship companies », *Mélanges P. Le Cannu*, Dalloz 2014, p. 119
- R. DE LESTANG, « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », *Dr. Société* num. spéc., avr. 1979, p. 5
- R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », *RTD civ.* 1909 p. 614 s.
- J. DEPRENNE, « L'imputation des pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences*, 3-2014, p. 95
- G. DEREUX, « Du dommage éprouvé au service d'autrui », *RTD civ.* 1908, p. 49
- Y. DEREU, E. SCHLUMBERGER, « Société en nom collectif, gérance - naissance des engagements sociaux », *J. Class. Société Traité* fasc. 55-20
- F. DERRIDA, « L'unité d'entreprise est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire ? », in *Mélanges J. Derruppé*, 1991, p. 29,
- F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS, « Philosophie de la réforme, Observations critiques », *LPA* 14 sept. 1994, numéro spécial « La réforme du droit des entreprises en difficulté », p. 6
- J. DERRUPÉ, « Le nouveau visage de la SARL dans la loi du 24 juillet 1966 », in *Mélanges Brêthe de la Gressaye*, Bière, 1967, p. 177
- F. DESCORPS DECLERE « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux » *RTD com.* 2003, p. 25
- M. DESPAX, « L'évolution du droit de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur de J. Savatier*, Paris, PUF, 1992, p.177
- J. DEVESE, « Les dirigeants cautions », *JCP E* 2001, suppl. *Cah. Dr. Entr.*, n°3 p 27
- P. DIDIER, « Le consentement avec l'échange : le contrat de société », *RJ com.*, novembre 1995, numéro spécial *L'échange des consentements*, p. 75
- P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés, Droit et vie des affaires », in *Études à la mémoire d'A. Sayag*, Litec, 1997, p. 227
- P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat organisation », *Mél. F. Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-Classeur, 1999, p. 635
- P. DIDIER, « La théorie contractualiste de la société », *Revue des sociétés* 2000 p. 95
- P. DIDIER, « Une définition de l'entreprise », *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Mél. P. Catala*, Litec, 2001, p. 849
- Ph. DIDIER, « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. des sociétés* 2003, p. 238
- P. DIDIER, v. « Entreprise » in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, Lamy - PUF, 2003
- P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques, 1978, n° 82
- P. DIENER, « Pathologie juridique et doctrine universitaire en droit des affaires », *D.* 1997, chron. p. 147
- E. DION et D. AFFEJEE, « Les LBO à l'épreuve des nouvelles règles de sous-capitalisation », *BF Francis Lefebvre*, 3/06, p. 231
- J.-PH. DOM « L'attribution gratuite d'actions », *BJS* 2005, p. 188
- R. DORAT DES MONTS, « L'unification des sociétés civiles et commerciales: vers un droit commun? » *RTD com.* 1982, p. 505

- W. DROSS, v. « Propriété – Droit d'accession sur ce qui produit par la chose », *J. Class. Civ.*, fasc. 85
- F. DRUMMOND, « Un nouveau principe : la liberté d'émettre " toutes valeurs mobilières " », *RD bancaire et fin.*, sept/oct 2004, p. 361
- C. DUCELLIER, « Vers une remise en cause des SCI nues propriétaires? », *Dr. et patr.* 2011, n° 201, p. 36
- J.-P. DUCHENE et M. EPSTEIN, « Abus de droit : fictivité d'une SCI qui ne peut remplir son objet social faute de moyens financiers », *JCP N* 2009, 1205
- C. DUCOULOUX- FAVARD, « Les vicissitudes du contrôle judiciaire et la réforme du droit français des sociétés », *Rev. sociétés*, 1967, p. 1
- C. DUCOULOUX-FAVARD, « L'histoire des grandes sociétés en Allemagne, en France et en Italie », *Revue internationale de droit comparé*, 1992, n° 4, p. 849
- E. DU PONTAVICE, « Le droit des sociétés commerciales en question », *RJ com.* 1989, p. 241
- E. DU PONTAVICE, « La notion d'entreprise », *Vie jud.*, 7-13 août 1989, p. 1
- P. DURAND, « Les fonctions publiques de l'entreprise privée », *Dr. Soc.* 1945, p. 246
- P. DURAND, « La notion juridique de l'entreprise » in *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Dalloz, 1948, p. 45
- P. DURAND, « L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé », *Études G. Ripert*, t. 1, 1950, LGDJ, p. 138
- G. DURRY, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XIV, Dalloz 1965, p. 611
- F. EASTERBROOK et D. FISCHER, « Limited Liability and the Corporation », *University of Chicago Law Review*, 1985, p. 103
- J. EL AHDAB « La prise en charge financière par la société de la responsabilité de ses dirigeants : vers un modèle américain ? », *Rev. sociétés* 2008, p. 240.
- Ph. ENGEL, « Associé et créancier, l'apporteur en jouissance dans les sociétés de capitaux », *JCP E* 1998, p. 2056
- L. EVANS et N. QUIGLEY, « Shareholders liability regimes, principal-agent relationships, and banking industry performance », *Journal of Law & Economics*, 1995, p. 497
- F. EWALD et al. communications du colloque « Responsabilité et indemnisation », Assemblée Nationale, 16 avril 1992, in *Risques*, n°10, 1992, numéro spécial
- M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85
- B. FAGES, « Réforme de la responsabilité du fait d'autrui ort réservé aux sociétés mères », *RDC* 2007, p. 115
- G. FARJAT, in *Entreprise et Pouvoir, Autorité et Responsabilité*, Actes du colloque de Rennes, 29 et 30 septembre 1983, *Economica* 1985, p. 18
- G. FARJAT, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *Revue Internationale de Droit Économique*, 1986, p. 9
- G. FARJAT, « La notion de droit économique », in *Archives de Philosophie du Droit, Droit et économie*, t.37, Sirey, 1992, p.27
- P. FERNOUX, « SCI et démembrement de propriété : l'épilogue heureux d'un long combat », *JCP N* 2007, n° 28, 1216
- P. FERNOUX, « SCI et démembrement de propriété : la Cour de cassation maintient le cap... », in *Écrits de fiscalité des entreprises, étude à la mémoire du Professeur Maurice Cozian*, Litec, 2009, p. 231

- P. FORTHOMME, « Entreprise et société en Suède : un regard aux sources du modèle », *Le journal de l'école de Paris du management* 2007/6 (n°68), p. 8
- J. FOYER, « Sens et portée de la personnalité morale en droit français », in *La personnalité morale es limites*, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, 1960, p. 117
- B. FRANÇOIS, « Apports de la loi Pacte en matière de gouvernement d'entreprise » *Rev. sociétés* 2019, p. 493
- C. FREYRIA, « Étude de la jurisprudence sur les conventions portant atteinte à la liberté de vote dans les sociétés », *RTD com.* 1951, p. 419
- C. FREYRIA, « La personnalité morale à la dérive... », *Mélanges Breton et Derrida*, 1991, Dalloz, p. 121
- M. GALIMARD, « Observations sur la réforme fondamentale des sociétés », *Journ. not.* 1985, art. 58325
- A. GALLOIS et D. GALLOIS-COCHET, « L'imputation d'une infraction attitrée à une personne morale », *Mélanges Ph. Merle*, Dalloz, 2013, p. 279
- D. GALLOIS-COCHET « Encore l'affectio societatis ! » *Dr. Sociétés* 2013, Repère n°11
- C. GALOKHO « Les atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie résultant de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises », *RTD com.* 2014, p. 489
- A. GAUDEMET, « Le risque de système », in A. SUPIOT (dir.), *Face à l'irresponsabilité la dynamique de la solidarité*, Collège de France, 2018, p. 161
- M. GÉNINET, « Les quasi-apports en société », *Rev. sociétés* 1987, p. 25
- F. GENY, « Risques et responsabilité », *RTD civ.* 1902, p. 812
- M. GERMAIN, « La société par actions simplifiée », *JCP* 1994, I, 3749
- M. GERMAIN, « Le droit de vote », *LPA*, 4 mai 2001, p. 8
- M. GERMAIN, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. sociétés* 2003, p. 284
- M. GERMAIN, « Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : les actions de préférence », *Rev. sociétés* 2004, p. 597
- M. GERMAIN, « Réformes contemporaines du droit des sociétés », *Juris class. Sociétés Traité*, fasc 3-20
- M. GERMAIN et V. MAGNIER (dir.), actes du colloque « L'apport en société dans tous ses états », *BJS* 2009, p. 1148, § 232
- J. GHESTIN, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, chron. 1
- D. GIBIRILA, « La faute personnelle détachable des fonctions de gérant », *D.* 1998. 605
- D. GIBIRILA, v. « Commandite simple – Gérance de la société en commandite simple », in *Répertoire des sociétés* Dalloz
- F. GISSEROT, « La confusion des patrimoine est-t-elle une source autonome d'extension de faillite ? », *RTD com.* 1979, p. 49
- G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « La définition de l'intérêt social, Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD com.* 2004, p. 35
- G. GOFFAUX-CALLEBAUT, v. « Apport » in *Encyclopédie Dalloz Droit des sociétés*
- B. GOLDMANN, « La nullité des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par actions et le droit français après la directive du 9 mars 1968 », in *The Art of*

- arbitration: essays on international arbitration liber amicorum Pieter Sanders*, Deventer 1982, p. 59
- B. GOLDMAN, « Rapport général en droit commercial » in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 34, *Le rôle de la pratique dans la construction du droit*, 1983, p. 163
- F. GORÉ, « Le contrôle de la constitution des sociétés dans le projet français de code des sociétés », *RTD com.* 1965, p. 269
- F. GORÉ et al. « Le capital social, grandeur ou décadence ? », Colloque Université de Paris II, 1977 : *Vie jud.*, 20 févr. 1977
- F. GORÉ, « La notion de capital social », *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 85
- G. GOUBEAUX, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », in *Études dédiées à René Roblot : aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ, 1984, p. 199
- M. GRÉVY « Syndicats professionnels (II - Constitution et fonctionnement) », *Encyclopédie Dalloz droit du travail*
- J.-P. GRIDEL, « La personne morale en droit français », *RIDC*, 1990, p. 495
- M. GRIMALDI, « Le droit continental face à la mondialisation », *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Lexis-Nexis 2009, p. 293
- M. GRIMALDI et B. REYNIS, « Brèves réflexions d'avant-congrès sur le patrimoine professionnel », *Def.* 1987, art. 33947, p. 587
- B. GRIMONPREZ, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Revue des sociétés* 2009, p.715
- H. GROUDEL, « Le critère du contrat de travail », in *Tendances du droit du travail français contemporain : études offertes à G. H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p. 49
- D. GUERIN, « L'introduction en droit français de la responsabilité pénale des personnes morales » : *LPA* 11 déc. 1996, n° 149, p. 4
- D. GUTMAN, « L'associé, investisseur ou entrepreneur ? », in *Mélanges P. Le Cannu*, Dalloz, LGDJ, Transactive, 2014, p. 315
- Y. GUYON, « La mise en harmonie du droit français des sociétés avec la directive des communautés européennes sur le capital social », *JCP G* 1982, I, 3067
- Y. GUYON, « La distribution gratuite d'actions aux salariés », *JCP* 1982, I, 3006
- Y. GUYON, « La fraternité en droit des sociétés », *Rev. Sociétés* 1989, p. 439
- Y. GUYON, M. BUCHBERGER, « Administration – Responsabilité civile des dirigeants », *J. Class. sociétés* Fasc. 132-10
- Y. GUYON et A. MAIROT, V. « Affectio societatis », *J. Class. Sociétés traité*, fasc. 20-10
- J. HAMEL, « L'affectio societatis », *RTD civ.* 1925, p. 761
- J. HAMEL, « La personnalité morale et ses limites », *D.* 1949, chr., p. 141
- J. HAMEL, « Quelques réflexions sur le contrat de société », *Mélange J. Dabin*, Bruylant, Sirey, 1963, p. 652
- C. HANNOUN, « Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés », *Rev. Soc.* 1991, p. 45
- C. HANNOUN, « L'action en nullité et le droit en société », *RTD com.* 1993, p. 227
- C. HANNOUN, « Le droit des sociétés à l'épreuve de la modernité », *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Lexis-Nexis 2009, p. 309

- C. HANNOUN, « La réalité juridique de l'entreprise. Réflexions sur la perception par le droit de la réalité matérielle de l'entreprise », *Entreprises et histoire*, déc. 2009, n°57, p. 18
- H. HANSMANN et R. KRAAKMAN, « Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts », *Yale Law Journal*, 1991, p. 1879
- T. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984. p. 581
- M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation », in *La Cité moderne et les transformations du droit*, 1925, p. 1
- J. HAUSER, « Les difficultés de la recodification : les personnes », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 206
- P. HENRIOT, « Doter les professions libérales des cadres juridiques adaptés à l'évolution socio-économique », in *L'exercice libéral des professions judiciaires et juridiques*, Forum du droit des affaires, Paris 20 juin 1991, 1991, Litec p.1
- V. HEUZÉ, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *Rev. crit. DIP* 2000, p. 589 ,
- D. HIEZ, « Association » in *Encyclopédie Dalloz de droit civil*,
- J. HILAIRE, « Une histoire du concept d'entreprise », *Arch. phil. droit* , n°41,1997, p. 341-353
- V. HILIG-POUDEVIGNE et M. LOUVEL, « La notion de groupe à l'épreuve du droit social » : *JCP E* 2005, 1393
- J. HONORAT, « La société par actions simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés » *LPA* 16 aout 1996, n°99
- J. HONORAT, v. « Nullités » in *Rep. Dalloz Droit des sociétés*,
- G. HORSMANS, « Responsabilité limitée et plaisirs sans limites », *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 543
- R. HOUIN, « Rapport sur le problème des fictions en droit civil », *Travaux de l'association Henri Capitant*, III, 1947, tome III, p. 242
- R. HOUIN, « Les groupements d'entreprise vu à l'échelle européenne » *R.I.D.C.* 1965, p. 321
- R. HOUIN et F. GORÉ, « La réforme des sociétés commerciales », *D.* 1967, chron. p. 121
- H. HOVASSE, « La diversification des valeurs mobilières émises par les sociétés, *Droit des sociétés*, déc. 2000, p. 26
- J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et plus particulièrement de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Études offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XXI e siècle*, LGDJ, 2001, p. 425
- C. HUVENEERS, « Le groupe : rationalité économique et contraintes juridiques », in *Entreprise et Pouvoir - Autorité et responsabilité*, Actes du colloque de Rennes, 29 et 30 septembre 1983, *Economica* 1985, p. 253
- L. IDOT, « La notion d'entreprise », *Rev. sociétés* 2001, p. 191
- L. IDOT, « La responsabilité des personnes morales : les leçons du droit européen de la concurrence », *Concurrences* n° 1/2012, févr. 2012, p. 55
- R. JAMBU-MERLIN, « Essai sur la rétroactivité des actes juridiques », *RTD civ.* 1948, p. 271
- C. JAMIN, « Quelles nouvelles crises du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction » in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 19

- C. JAUFFRET-SPINOSI, « Les actions à dividende prioritaire sans droit de vote », *Rev. sociétés* 1979, p. 25
- N. JEANDIDIER, « L'imparfaite commercialité des sociétés à objet civil et forme commerciale », *D.* 1979, chron. 7
- M. JEANTIN, « Les conventions de vote », Colloque de Deauville des 16 et 17 juin 1990, « La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions », *RJ com.* n° spec. nov. 1990, p. 124
- M. JEANTIN, « Le paradoxe de la prévention », *LPA* 15 déc. 1993, p. 12
- M. JEANTIN, « Observations sur la notion de catégorie d'action », *D.* 1995, p. 88
- M. JENSEN et W. MECKLING « Theory of the firm. Managerial behavior, agency cost, and ownership structure », *Journal of Financial Economics*, 1976, vol.3, n°4, pp.305-360
- L. JOBERT, « La SARL à un euro : un coup d'épée dans l'eau ! », *Dr. sociétés* 2003, Repères n° 3
- L. JOBERT, « Le principe de responsabilité limitée », *BJS* 2005, p. 227
- H. JONAS, « La technique moderne comme sujet de réflexion critique », in *Technick, Medizin un Ethik*, Frankfurt, Suhrkump, 1987
- L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, A. Rousseau, 1897
- L. JOSSERAND, « Un ordre juridique nouveau », *D.* 1937, chron. 41
- P. JOURDAIN, « La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements », in *Mélanges Lapoyade-Deschamps*, PU Bordeaux 2003, p. 67
- F. KERDERIAN, « La contribution aux pertes », *Rev. des sociétés* 2002, p. 617
- A. KIRTY et M.-C. MONSALLIER-SAINT MLEUX, « Dirigeant de société et prise de risque », *JCP E*, 2003, 1223, n°36
- S. LACROIX DE SOUSA, « Le rayonnement de l'affectio societatis », *Rev. Sociétés* 2016, p. 499
- G. LAGARDE, « Propos de commercialiste sur la personnalité morale. Réalité ou réalisme ? », in *Mél. A. Jauffret*, Univ. Aix-Marseille, 1974, p. 429
- P. LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points discutés », in *La reconnaissance des situations en droit international privé* (dir. P. LAGARDE), Pedone, 2013, p. 19
- X. LAGARDE, « Retour sur les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », *JCP G* 2012, 504
- T. LAMARCHE « La notion d'entreprise », *RTD Com.* 2006, p.709
- G. LAMBERT, « Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise », *Mélanges Kayser*, t. II, PUAM, 1978, p. 77
- Y. LAMBERT-FAIVRE, « Les assurances obligatoires », in F. EWALD, J.-H. LORENZI (dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Economica, 1998, p. 541 et s. et spéc. p.550
- M.-P. LAMOUR, « La responsabilité personnelle des associés », *D.* 2003, p. 51
- A. LAQUIÈZE, « Sanction », in D. ALLAND RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., coll. Quadrige Dicos poche, 2003, p. 1381
- L. LAUVERGNAT, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *Dr. et proc.* juin 2015, chron. 110
- S. LEOVICI, « La déclaration d'insaisissabilité par l'entrepreneur individuel », *Dr. et patr.* mars 2010, p. 49
- P. LE CANNU, « Inexistence ou nullité des sociétés fictives », *Bull. Joly* 1992, p. 875

- P. LE CANNU, « Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée », *Rep. not. Def.* 1994, p. 1345
- P. LE CANNU, « La société et les groupes de sociétés pendant la période d'observation » in « Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives », *LPA*, 9 janv. 2002, p. 48
- P. LE CANNU, « La loi pour l'initiative économique et le droit des sociétés » : *Rev. sociétés*, 2003, p. 409
- P. LE CANNU, « Les rides du capital social » in A. COURET et H. LE NABASQUE (dir.) *Quel avenir pour le capital social ?*, Actes du colloque du Centre de droit financier de l'Université de Paris I Dalloz, 2004, p. 4
- P. LE CANNU, « L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 et les actions de préférence », *RTD com.* 2004, p. 533
- P. LE CANNU, « Le financement du capital, La révision de la deuxième directive » *Revue des sociétés* 2005 p.13
- P. LE CANNU, « Monsieur de Saint Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du Code civil », *BJS* 2012, n°9 p. 672
- P. LE CANNU, « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives », in *Mélanges Ph. Merle*, Dalloz 2013
- F. LECLERC, « Que reste-t-il des nullités de sociétés en droit français après l'arrêt Marleasing ? », *RJ com.* 1992, p. 321
- B. LECOURT, « De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés », *Mélanges. Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 415
- B. LECOURT, « La codification du droit européen des sociétés », *Rev. sociétés* 2017, p. 659
- B. LECOURT, V. « Capital social » in *Rep. Dalloz Sociétés*
- H. LECUYER, « Commentaire de l'ordonnance du 25 mars 2004 dans ses dispositions relatives aux SARL », *LPA* n°77 du 16 avr. 2004, p. 13
- J. LEDAN, « Nouveau regard sur la condition d'associé », *Rev. sociétés* nov. 2010, étude 17
- P. LEDOUX, « La nature de la préférence » *BJS* 2006, p. 1219
- A. LE FEVRE, « Le droit des sociétés deviendra-t-il contractuel, perspectives d'une société par actions simplifiée », *RJC* 1992, p. 89
- A. LE FUR, « Concilier l'inconciliable : réflexions sur le droit de vote de l'actionnaire », *D.* 2008, p. 2015
- J.-P. LE GALL, « Quelques réflexions sur la fiscalité des capitaux propres des sociétés », *Rev. sociétés*, 1986, p. 375
- J.-P. LEGROS, « Nullité des sociétés – présentation générale » *J. class. Sociétés traité*, fasc. 32-10
- J.-P. LEGROS, « Nullité des sociétés – causes de nullité » *J. class. Sociétés traité*, fasc. 32-20
- J. P. LEGROS, « Cautionnement des sociétés par leurs dirigeants ou leurs associés », in *J. Class. Sociétés traité*, fasc. 36-50
- C. LEMAIRE, « La responsabilité concurrentielle dans les groupes de sociétés », *Contrats, conc. consom.* 2017, dossier 5
- H. LE NABASQUE, « La fin de la connexion apports/capital ? » in A. COURET et H. LE NABASQUE (dir.) *Quel avenir pour le capital social ?*, Actes du colloque du Centre de droit financier de l'Université de Paris I Dalloz, 2004, p. 103
- H. LE NABASQUE, « Les actions de préférence de groupe », *BJS* 2006, p. 1296

- H. LE NABASQUE, « La réforme des actions de préférence », *JCP* éd. E 2008, n° 48, p. 2445
- H. LE NABASQUE, « La liberté d'émettre des valeurs mobilières », in *Mélanges Paul Le Cannu*, Dalloz, LGDJ, Transactive, 2014, p. 325
- S. LE NORMAND-CAILLERE, « L'avenir de l'autonomie patrimoniale des sociétés mères : principe ou exception ? », *Mélanges H. Hovasse*, Lexis-Nexis 2016, p. 127
- P. LESCOT, « Le mandat apparent », *JCP* 1964, I, 1826
- Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat *intuitu personae* », *J. class. Contrat distribution*, Fasc. 200,
- G. LHUILIER, « Le "paradigme" de l'entreprise dans le discours des juristes », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1993, Volume 48, n°2, p. 329
- G. LHUILLIER, « Le critère jurisprudentiel d'application du droit de la concurrence » *RTD com.* 1994, p. 645
- R. LIBCHABER, « La société, contrat spécial », *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 281
- R. LIBCHABER, « Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain », *RTD Civ.* 2003, p. 166
- R. LIBCHABER : « Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux », in *Mél. Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 717
- A. LIENHARD, « Loi pour l'initiative économique : quoi de neuf pour les sociétés ? », *D.* 2003, p. 1900
- A. LIENHARD, « Les assouplissements du régime de la SARL (ordonnance du 25 mars 2004) », *D.* 2004, p. 930
- A. LIENHARD, « Loi Pacte : consécration de l'intérêt social et des enjeux sociaux et environnementaux », *D.* 2019
- G. LIET-VEAUX, « Une pomme de discorde : les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles », *Gaz. Pal.* 1966, doct. 110
- G. LOISEAU, « La qualité de co-employeur, nouveau virus des groupes de sociétés », *BJS* 2012, p. 168
- F. X. LUCAS, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur », *RD bancaire et fin.* 2002, p. 216
- F.-X. LUCAS, « Du contrat de société au contrat d'investissement », *RD banc. fin.* mars-avr. 2005, p. 50.
- F. X. LUCAS, « Réalité de la personnalité morale des SEL et des SCP » : *Bull. Joly Sociétés* 2010, Éditorial, p. 111
- F.-X. LUCAS, « Rapport français », in *Le pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. 62, Bruylant 2012, p. 129
- F. X. LUCAS, « Co-emploi et responsabilité de l'actionnaire », *Bull. Joly* 2014, p. 418
- F.-X. LUCAS, « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » intéressant le droit des entreprises en difficulté », *Bull. Joly Entreprises en difficulté* sept. 2015, p. 317
- F.-X. LUCAS, « Réforme de l'action en "comblement de passif" » *BJS* janv. 2017, n° 116a2, p. 1
- F.-X. LUCAS, « Théorie des bénéficiaires et des pertes, Bénéficiaires, économies et pertes », *J.-Cl. Sociétés Traité*, Fasc. 15-10

- F. X. LUCAS, M. CAFIN-MOI, « Théorie des bénéfices et des pertes – clauses léonines », *J. Class. Sociétés traitées*, fasc. 15-30
- M. LUTTER, « La responsabilité civile dans le groupe de sociétés », *Rev. Sociétés* 1981, p. 697
- A. et G. LYON-CAEN, « La doctrine de l'entreprise », in M. MOUSSERON et B. TEYSSIE (dir.), *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 601
- B. LYONNET, « Responsabilité des dirigeants d'entreprise au regard du Traité de Rome », *RJ com.* 1982, p. 121
- E. MACKAAY, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste. Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse du droit », *Rev. internat. de droit éco.* 1986, p. 43
- P. MALAURIE, « Nature juridique de la personnalité morale », *Defrenois* 1990, art. 34848, p. 1068
- C. MALECKI, « L'apporteur en savoir-faire : du mal-aimé au bien-aimé ? », *BJS* 2004, p. 1169
- C. MALECKI, « Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : la France peut-elle faire cavalier seul ? », *Bull. Joly* 2015, p. 171
- J.-Y. MARECHAL, « Responsabilité pénale des personnes morales », in *J. Class. Société*, Fasc. 28-70
- P.-G. MARLY, « La faute dans l'assurance de responsabilité des dirigeants », *JCP E*, 2006, 1490
- R. MARRAU, « Un paradoxe permanent du groupe de sociétés : indépendance contre unité économique de ses sociétés », *LPA* 5 août 1996, p. 4.
- J. MARTEL, « L'article 99 ou l'injure des lois », *Gaz. Pal. Rec.* 1979, 1, doct., p. 4
- D. MARTIN et O.T. TIEU, « La responsabilité civile des administrateurs de sociétés ; évolution jurisprudentielle », *JCP* 2010, 740
- D. MARTIN, O. SABA, C. FALLET, « Pistes de réflexion pour une réforme des actions de préférence », *JCP E* 2010, 1821
- D. MARTIN, H. NABASQUE, R. MORTIER, C. FALLET et A. PIETRANCOSTA (dir.), « Les actions de préférence » ; *Actes prat. ing. sociétaire* 2012, dossier 6, n° 54
- G. J. MARTIN, « Le droit économique aujourd'hui », *D.* 2010, p. 1436
- L.-M. MARTIN, « Le représentant des créanciers et l'article 46 de la loi du 25 janvier 1985 », *RD bancaire et bourse*, 1990, p. 64
- R. MARTIN, « Personne et sujet de droit », *R.T.D. Civ.*, 1981, p. 785
- R. MARTIN, « La propriété de haut en bas », *D.* 2007, p. 1977
- A. MARTIN-SERF, « L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse », in *Procédures collectives et droit des affaires, Mélanges A. Honorat*, éd. Frison-Roche 2000, p. 143
- A. MARTIN-SERF, « L'instrumentalisation du droit des sociétés », *RJ com.* 2002, p. 108
- A. MARTIN-SERF, « La loi pour l'initiative économique : des fausses pistes pavées de bonnes intentions », *RJ com.* 2004, p. 75
- A. MARTIN-SERF, « Consentement des parties – Sociétés fictives et frauduleuses » *J. Class. Sociétés traitées*, fasc. 7-40
- A. MARTIN-SERF, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises – Effets à l'égard des dirigeants sociaux », *J. Class. Société traitée*, Fasc. 41-52

- C. MASCALA et R. SALOMON, « Regards sur les évolutions récentes des sanctions », in dossier « Personnes physiques et procédures collectives » *Rev. proc. coll.* janv. 2013, n°11 p. 89
- Th. MASSART, « Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital de un euro », *Bull. Joly Sociétés*, 2002, p. 1361, § 289
- Th. MASSART, « Les actions de préférence et la question du droit de vote », *Dr. et patrimoine*, oct. 2004, p. 84
- Th. MASSART, « Aspects sociétaires de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises », *BJS* 2004, p. 743
- Th. MASSART, « La société sans apports » in *Études de droit privé, Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica 2008, p. 289
- Th. MASSART, « La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus », *BJS* 2008, p. 632
- Th. MASSART, « Les apports de savoir-faire dans la SAS », *BJS* 2009, p. 1154
- Th. MASSART, « Les pactes garantissant la rémunération du capital-risque », *Dr. et patr.* nov. 2009, n° 186, p. 75
- Th. MASSART, « La société sans dividende », in *Mél. M. Germain, L.G.D.J.*, LexisNexis, Lextenso, 2015, p. 525
- T. MASSART, « Société (Contrat de) » in *Rép. soc. Dalloz*.
- F. MASSON, « Les métamorphoses de l'associé », *Revue des sociétés* 2016, p. 84
- T. MASTRULLO, « Responsabilité civile et droit des procédures collectives », *Responsabilité civile et assurances* n° 5, Mai 2017, dossier 9
- N. MATHEY, « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », *RTD civ.* 2008, p. 205
- J.-CL. MAY, « La société, contrat ou institution » in *Contrat ou institution, un enjeu de société*, LGDJ, 2004
- D. MAZEAUD, « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme », *Droit et patrimoine* 2014, p. 38
- D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.* 2015, p. 291
- L. MAZEAUD « La souveraineté de fait dans les sociétés anonymes en droit français » *Travaux de l'association H. Capitant*, t. XV, 1963, p. 330
- M. MEKKI, « Nullité et validité en droit des contrats, un exemple de pensée par les contraires », *RDC* 2006, p. 679
- M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, p. 900
- M. MENJUCQ « Transfert international de siège social : état du droit positif » : *JCP*, éd. E, 1999, p. 1617
- M. MENJUCQ, « La mobilité des entreprises », *Rev. sociétés*, 2001, p. 210
- M. MENJUCQ, « La circulation internationale des sociétés » : *Bull. Joly Sociétés*, 2001, p. 233
- M. MENJUCQ, « La négligence ne peut plus fonder l'action en "comblement de passif" », *Rev. proc. coll.* 2017, repère 1
- B. MERCADAL, « Le critère de distinction des sociétés civiles et commerciales », *RTD com.* 1982, p. 511
- B. MERCADAL, « La notion d'entreprise », *Mélanges F. Déruppé*, Litec, 1991, p. 10

- S. MESSAI-BAHRI et M. ROUSSILLE, « La responsabilité pour faute des personnes morales », in F. TERRÉ (dir.) *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 119
- J.-L. METZGER, « Penser avec Foucault pour comprendre l'extension du pouvoir en régime néolibéral », *Recherches sociologiques et anthropologiques*, 47-2, 2016, p. 117
- E. MILLARD, « Débats autour de la personnalisation juridique de la famille », in *Débats autour de la personnalisation juridique. Les implicites de la politique familiale*, Dunod, 2000, p. 11
- N. MOLFESSIS, « La perception commune du droit », in *Regards sur le Droit*, dir. F. TERRÉ, LGDJ 2010, p. 63
- J. MONNET, « L'impossible conciliation entre contribution aux pertes et apport en industrie dans les SARL », *Act. Prat. Sociétés* Nov. Déc. 2002, p. 3
- J. MONNET, « Assurance et faute séparable des fonctions du dirigeant de société », *Dr. sociétés* 2007, n° 10
- J. MONNET, « Assurance de responsabilité– Dirigeants sociaux », *J. Class. Sociétés traité*, fasc. 132-15
- T. MONTERAN, « Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité », *D.* 2010, p. 2859
- R. MORTIER, « Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : rachat d'actions et actions rachetables » : *Rev. sociétés*, 2004, p. 639
- R. MORTIER, « Abus de droit - Le balisage jurisprudentiel de l'apport avant donation - Analyse des arrêts rendus de 2007 à 2009 et synthèse du droit positif », du droit positif : *RFN* 2009, étude 2
- R. MORTIER, « Validations de l'apport avant donation : la Cour de cassation retrouve le cap ... ou presque ! À propos de Cass. com., 26 mars 2008 », *JCP N* 2008, 1239
- R. MORTIER, « Réaffirmation solennelle de l'autonomie patrimoniale de principe des sociétés groupées », *Dr. Sociétés*, 2012, n°10, com. 157
- R. MORTIER, « L'apport avant donation », *JCP N* 2016, 1331
- R. MORTIER et R. GENTILHOMME, « La société : technique de gratification », *JCP N* 2014, 1334
- P. MOUSSERON, « Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social », *D.* 2016, p. 906
- P. MOUSSERON, « Les actions remboursables » : *Dr. sociétés*, 2007, étude n° 8
- G. NAFFAH, « L'affectio societatis, un critère qui n'en est pas un », in *Mélanges J.-J. Daigre*, Joly, 2017, p. 233
- F. NIZARD, « Le capital hybride innovant : aspects juridiques et internationaux », *Rev. droit bancaire et financier*, 2006, n°1, p. 47
- S. NOEMIE, « Réduction de capital », in *Joly Sociétés Traité*
- G. NOTTE, « La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures civiles », *JCP CI* 1980, I, 8560
- L. NURIT PONTIER, « Repenser les apports en industrie », *LPA* 3 juill. 2002, n°132, p. 4
- L. NURIT-PONTIER, « La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences », *D.* 2003, p. 1612
- B OPPETIT, « Les tendances actuelles du droit français des sociétés », *RIDC*, 1989, p. 117

- B. OPPETIT, « Droit et économie », in *APD*, tome 37, « Droit et économie », Sirey 1992, p. 17
- B. OPPETIT et A. SAYAG, « Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés », *Rev. sociétés* 1973, p. 577
- Y. PAGNERRE, « La faute de la société mère : des divergences à surmonter », *JCP S*, 2014, n°49, act. 436
- J.-C. PAGNUCCO (dir.) « La responsabilité dans les groupes de sociétés », dossier in *Actes pratiques et ingénierie sociétair*e, mai-juin 2017, p. 4 ; « Actes du colloque de l'Université de Caen, Les groupes de sociétés : quels pouvoirs ? Quelle responsabilité ? », *Dr. sociétés juin* 2017, n°6, p. 7
- J. PAILLUSSEAU, « Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? », in « Les techniques de concentration », *JCP G* 1971, I, 2401 bis
- J. PAILLUSSEAU, « Les groupes de sociétés - Analyse du droit positif français et perspectives de réforme », *RTD com.* 1972, p. 813 s.
- J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP G*, 1984, I, 3148
- J. PAILLUSSEAU, « L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *JCP* 1986, I, n°3242
- J. PAILLUSSEAU, « Qu'est-ce que l'entreprise ? », in *L'entreprise : nouveaux apports*, Economica, 1987, p. 11
- J. PAILLUSSEAU, « Le big-bang du droit des affaires à la fin du XXe siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires) », *JCP G*, 1988, I, 3330
- J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.* 1993, p. 705
- J. PAILLUSSEAU, « La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des affaires », *D.* 1999, chron. p. 333
- J. PAILLUSSEAU, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.* 1999. 157
- J. PAILLUSSEAU, « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *D.* 2003, p. 2346
- J. PAILLUSSEAU, « Comment les activités économiques révolutionnent le droit et les théories juridiques ; Révolution dans les approches et raisonnements juridiques », *D.* 2017, p. 1004
- I. PARACHKEVOVA, « Propos introductifs » in « Dossier La responsabilité dans les groupes de sociétés », *Actes pratiques et ingénierie sociétair*e, mai-juin 2017, p. 4
- G. PARLEANI, « Le financement du capital, étude sur l'utilité de la notion on devenir », *Rev. des sociétés* 2005, p. 13
- F. PASQUALINI, « Le choix de la forme sociale », *Mél. P. Didier*, Economica 2008, p. 363
- M. PASTUREL, « Entreprise et raisonnement économique. Quelle place dans le droit positif ? L'exemple de la concurrence », in *Mélanges P. Bézard*, Montchrestien 2002, p. 273
- J. PENNEAU, « De l'irrégularité des conventions de vote dans le droit des sociétés commerciales », *JCP CI* 1975, II, 11776
- J. PERCEROU, « Exposé introductif » in *La transmission des entreprises*, *RJ Com* numéro spécial novembre 1988, p. 15
- F. PEROCHON, « Sous la loi Sapin un cadeau de Noël pour le dirigeant d'entreprise », *BJE* janv.-févr. 2017, 114 c8, p. 1

- F. PERROTIN, « Sous-capitalisation des entreprises : les nouvelles règles du jeu fiscal », *LPA* 16 juillet 2007, n°141, p. 3
- F. PERROTIN, « Sous-capitalisation et investissement immobilier : l'optimisation est encore possible », *LPA* 23 juill. 2007, p. 4
- E. PESKINE, « De la solidarité à la vigilance, À propos de la responsabilité dans les organisations pluri-sociétaires », in A. SUPIOT (dir.), *Face à l'irresponsabilité, la dynamique de la solidarité*, Collège de France, 2018, p. 37
- E. PESKINE et T. SACHS, « Flux et reflux des logiques de responsabilisation dans les organisations complexes, l'exemple du droit du travail » in « Indépendance juridique de la personne morale *versus* dépendance économique », Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATOME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p. 27
- B. PETIT et Y. REINHARD : « Responsabilité civile des dirigeants », *RTD com.*, 1997, p. 282
- N. PETERKA « Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance », *BJS* 2000, p. 361
- Ph. PEYRAMAURE, « Le droit contre l'entreprise », in *Aspects organisationnels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, Dalloz 2012, p. 443
- P. PIC, « De l'élément intentionnel dans le contrat de société », *Annales de droit commercial* 1906, p. 153
- P. PIC, « La défense d'immixtion des commanditaires dans la gestion sociétés et la crise actuelle », *DH* 1933, chron. 21
- P. PIC, « De la simulation dans les actes de société », *DH* 1935
- J. PICARD, « L'acte conclu par un dirigeant avec dépassement de ses pouvoirs : nullité/inopposabilité », *Dr. sociétés* 1998, chron. p. 6
- É. PICHET, « Holdings animatrices de groupe : théorie et pratiques, *Rev. droit Fiscal* 2014, n°13, comm. 237, p. 9 et s.
- Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G* 1988, I, 3318
- Y. PICOD, « Nullité » in *Rep. civ. Dalloz*
- A. PIEDELIEVRE, « Quelques réflexions sur la maxime "*quod nullum est, nullum prouderit effectum*" » *Mélanges Voirin*, LDGJ, 1966, p. 638
- A. PIEDELIEVRE, « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz Pal.* 1982, 1, doct. p. 85
- S. PIEDELIEVRE, « Patrimoine d'affectation, droit des créanciers et droit des sûretés », in *Mélanges P. Le Cannu*, LGDJ 2014, p. 547
- A. PIETRANCOSTA, « Capital zéro ou zéro capital », in A. COURET, H. LE NABASQUE (dir.) *Quel avenir pour le capital social ?*, Actes du colloque du Centre de droit financier de l'Université de Paris I, Dalloz, 2004, p. 127
- A. PIETRANCOSTA, « Promesses d'achat de droits sociaux et clauses "léonines" : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du Code civil » : *Rev. Lamy dr. aff.* 2006, p. 67
- T. PIKETTY : « The Kuznets' curve, yesterday and tomorrow », in A. BANERJEE, R. BENABOU, D. MOOKERHEE (dir.), *Understanding poverty*, Oxford university press, 2005
- A. PIROVANO, « Introduction critique au droit commercial contemporain », *RTD com.* 1985 p. 219

- D. POLVERELLI « La validité des opérations d'apport-donation à une SCI », *JCP N* 2009, 1341
- D. PORACCHIA, « Faute séparable du dirigeant et responsabilité de la société », *Mélanges P. Le Cannu*, Dalloz - LGDJ, 2014, p. 377
- D. PORACCHIA, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », in B. BRIGNON, I. GROSSI (dir.), *Les nouvelles contraintes des sociétés*, July 2018, p. 13
- D. POTIER, « Introduction » in « Indépendance juridique de la personne morale *versus* dépendance économique », Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATOME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p. 21
- E. POTU, « La défense d'immixtion du commanditaire », *Annales de droit commercial*, 1910, p. 124
- J. PRIEUR et A. HOUIS, « Sociétés civiles : les limites à l'instrumentalisation », *JCP N* 2015, 1230
- J. H. PRYOR, « The origins of the comenda contract », *Speculum* n°52, 1977 p. 5
- S. QUILICI et F. DEBOISSY, « SCI et optimisation fiscale », *Actes prat. strat. ing. sociétaire* 2009, dossier 2
- B. RAJOT, « L'assurance des responsabilités civiles de l'entreprise », *Resp. civ. assur.*, mars 2009, alerte 6
- D. RANDOUX, « La spécialisation des sociétés », in *Mélanges A. Weill*, Dalloz, Litec, 1983, p. 471
- D. RANDOUX, « Partage des sociétés », *J. Class société traité*, fasc.. 31-50
- P. RAYNAUD, « De la responsabilité civile à la sécurité sociale », *D.* 1948, chron. p. 93
- N. REBOUL, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. sociétés* 2000, p. 425
- S. REIFEGERSTE, « La société à responsabilité limitée après la loi du 1er août 2003 pour l'initiative économique : quelles innovations pour quel avenir ? », *LPA* 2003, n° 259, p. 10
- Ph. REIGNE et Th. DELORME, « Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire », *D., cah. dr. aff.*, 2002, p. 1330
- Y. REINHARD, « L'actif net des sociétés », in *Aspects actuels du droit commercial français, Études dédiées à R. Roblot*, éd. LGDJ, 1984, p. 297
- Y. REINHARD, « Quels sont les points de convergence et de divergence entre la personne physique et la personne morale (aspects de droit des affaires) » in Dossier : « La notion de personne en droit privé », *Dr. de la famille*, sept. 2012 p. 28
- B. REMY, « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois. Qui de l'œuf ? Qui de la poule ? », in *Mélanges P. Mayer*, LGDJ 2015, p. 791
- P. REMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323
- A. REYGROBELLET, « Proportionnalité entre capital et contrôle : faut-il interdire toute dérogation au principe « une action = une voix ? », *RTDF* 2007, n° 3, p. 101
- A. REYGROBELLET, « Devoir de vigilance ou risques d'insomnies ? » *RLDA* 2017, n°128, p. 35
- E. RICHARD, « Mon nom est personne : la construction de la personnalité morale de l'entreprise en histoire du droit ou les vertus de la patience », *Entreprises et Histoire*,

- n° 57, déc. 2009, dirigé par B. SEGRESTIN, Centre de Gestion Scientifique de l'École des Mines de Paris, École des Mines de Paris, p. 14
- E. RICHARD, présentation de l'édit du roi servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands tant en gros qu'en détail, de 1673 : <http://partages.univrennes1.fr/files/partages/Recherche/Recherche%20Droit/Laboratoires/CHD/Textes/Ordonnance1673.pdf>
- J. RICHARD, « À propos de la contribution aux pertes et aux dettes de l'apporteur en industrie », *J.C.P. C.I.*, 1980, II, 9157
- J. RICHARD, « Les sociétés par actions et la loi sur le développement des investissements et la protection de l'épargne », *JCP* éd. CI 1983, I, 13919
- T. RIEHM, « Le patrimoine d'affectation en droit allemand, notamment en droit des sûretés », *RLDC*, déc. 2010, 4066 p. 155
- A. RIVARD, « La notion du "droit commun" », *La Revue du droit*, vol. 3, n° 6, févr. 1925, p. 257
- J.-L. RIVES-LANGES, « La notion de dirigeant de fait au regard de l'article 99 de la loi de 1967 », *D.* 1975. chron. 41
- G. RIPERT, « Prêt avec participation aux bénéficiaires et société en participation », *Ann. de droit com.*, 1905, p. 53
- G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D.H.* 1936, chr. p.57
- B. RIVIERE, « Réflexions sur l'apport en nue-propiété à une société civile avant donation », *La revue fiscale du patrimoine* n° 12, Décembre 2016, étude 25
- J.P. ROBÉ, « La responsabilité sociale des entreprises », *Rev. dr. trav.* 2010, p. 413
- J.-C. ROCHER, « Assurabilité et financement des risques », in F. EWALD, J.-H. LORENZI (dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Economica, 1998, p. 1577
- K RODRIGUEZ, « L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 330
- K. RODRIGUEZ, « Réflexions sur la société anonyme unipersonnelle » : *Bull. Joly* 2006, p. 9
- K. RODRIGUEZ, « L'apport en numéraire et l'apport en compte courant », *Journal des sociétés*, sept. 2013, p. 46
- P. ROUAST-BERTIER, « Sociétés fictives et simulation », *Rev. des sociétés* 1993, p. 725
- P. ROUBIER, « L'arrêt des Chambres réunies du 2 décembre 1941 et la théorie de la responsabilité civile », *JCP* 1942, I, 257
- G. ROUHETTE, « Rapport français sur la force obligatoire du contrat », in D. TALLON, D. HARRIS (dir.), *Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 27
- H. ROUSSEAU, « Commanditaires et commandités » in *Études offertes à G. Ripert*, LGDJ 1950, p. 334
- S. ROUSSEAU, « La Stakeholder Theory : émergence et réception dans la gouvernance d'entreprise en Amérique du Nord », in C. CHAMPAUD (dir.) *L'entreprise dans la société du XXIème siècle*, op. cit. p. 111
- P. ROUSSEL-GALLE, « Le mieux est parfois l'ennemi du bien ! », *Rev. proc. coll.* 2016, repère 4
- F. ROUVIÈRE, « L'obligation comme garantie », *RTD civ.* 2011, p. 1
- C. RUELLAN, « Essai sur les conditions d'assurabilité des fautes commises par les mandataires et dirigeants sociaux », in *Mél. en l'honneur de P. Merle*, Dalloz 2013, p. 617

- SABATHIER, « Gestion des passifs environnementaux de sites pollués : état des lieux des responsabilités liées à la cessation d'activité, *BDEI* juil. 2017, n°2240
- C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil », *RTD com.* 1979, p. 645
- C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire, unité ou dualisme ? » *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1998
- C. SAINT ALARY-HOUIN, « De la faillite au droit des entreprises en difficulté, Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle » in *Regards critiques sur quelques évolutions récentes du droit*, Travaux de l'IFR, Mutations des normes juridiques, PU Toulouse I, 2005, p. 299
- C. SAINT ALARY-HOUIN, « L'action en extension d'une procédure collective dans les groupes de sociétés, une action à parfaire ! », in *Liber amicorum, Mél. en l'honneur de Ph. Merle*, Dalloz, 2013, p. 637
- P. SAINT CYR, *L'entreprise face au bicentenaire du code civil*, travaux du CERJDA, vol 5, p. 112
- B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com.* 1987, p. 457
- B. SAINTOURENS, « Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la première directive CEE de 1968, interprétée par la CJCE », *Bull. Joly* 1991, p.123
- B. SAINTOURENS, « La consécration des sociétés d'exercice libéral sous forme d'EURL » : *Defrénois*, 1999, art. 37067, p. 1237
- B. SAINTOURENS, « L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n°2004-274 du 25 mars 2004 », *Rev. soc.* 2004, p. 207
- J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale », *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 1101
- R. SALEILLES, « Études sur l'histoire des sociétés en commandite », *Annales de droit commercial*, t. IX, 1895 p. 10s. ; p. 49s. et t. XI, 1897, p. 29
- R. SALEILLES, « Le risque professionnel dans le Code civil », in *La réforme sociale*, 1898, p. 634
- J. SAVARY, *Traité du parfait négociant*, Louis Billaine, 1675
- J. SAVATIER, « La profession libérale aujourd'hui » in *Exercice en groupe des professions libérales, Actes du colloque du 29 mars 1994*, GLN-JOLY 1995
- R. SAVATIER, « Règles générales de la responsabilité civile », *Rev. crit.* 1934, n° 29
- R. SAVATIER, « L'origine et les développements du droit des professions libérales », *A.P.D.* 1953-1954, Sirey, p. 45
- A.-E. SAYOUS, « Les sociétés anonymes par actions, leur nature dégagée par la méthode historique » in *Revue d'économie politique*, 1902, p. 612
- A.-E. SAYOUS, « Les transformations des méthodes commerciales dans l'Italie médiévale », in *Annales d'histoire économique et sociale*, 1929, p. 161
- A.-E. SAYOUS, « L'histoire universelle du droit commercial de Levin Goldschmidt et les méthodes commerciales des pays chrétiens de la Méditerranée aux XIIème et XIIIème siècles », *Extraits des annales de Droit commercial français, étranger et international*, 1931, p. 19
- A.-E. SAYOUS, « Les associations de caractère capitaliste à Venise entre le milieu du XIè siècle et celui du XIIème », *Extrait des Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 1933, vol. 77, n°4, p. 335

- E. SCHAFFER, « Des causes d'ordre public de dissolution des sociétés », in *Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à J. Hamel*, Dalloz, 1961, p. 227
- S. SCHILLER, « Bilan très positif des SARL à moins de 7500 € de capital social », *Gaz. Pal.* 27 déc. 2007, p. 3961
- S. SCHILLER, « L'égalité en droit des sociétés », *APD* tome 51, 2008, « L'égalité », p. 120
- S. SCHILLER, « La fraude, nécessaire *deus ex machina* face à l'évolution du droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2014, p. 211
- S. SCHILLER, « Le cautionnement par une société dans les groupes familiaux », *Mélanges Bloch*, Bruylant, 2015, p. 207
- S. SCHILLER, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP G* 2017, 622, spéc. p. 27
- E. SCHLUMBERGER, « Retour sur la jurisprudence relative aux garanties de la dette d'autrui octroyées par une société », *Mélanges H. Hovasse*, Lexis-Nexis 2016, p. 169
- E. SCHLUMBERGER, « Caractérisation d'une situation de co-emploi » *Rev. sociétés* 2017, p. 149
- J. SCHMEIDLER, « La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale », *D.* 2013, p. 584
- D. SCHMIDT, « La responsabilité civile dans les relations de groupe de sociétés », *Rev Sociétés*, 1981, p. 725
- D. SCHMIDT, « Les opérations de portage de titres de sociétés » in *Les opérations fiduciaires*, colloque de Luxembourg, *Feduci* sept. 1984, LGDJ 1985, p. 30
- D. SCHMIDT, « Exposé introductif, La loi de la majorité », *RJ Com.* 1991, numéro spécial « Acte du colloque de Deauville du 15 et 16 juin 1990, « La loi de la majorité », p. 7
- D. SCHMIDT, « Les lois du 1^{er} août 2003 et le droit des sociétés », *D.* 2003, p. 2618
- D. SCHMIDT, « L'intérêt social. Prolégomènes », *Bull. Joly* 2004, p. 469
- D. SCHMIDT, « Cédez vos droits de vote » : *BJB*, nov. 2008, Éditorial, p. 439
- D. SCHMIDT, « Empty voting », *BJB* 2012, p. 42
- D. SCHMIDT, « La société et l'entreprise », *D.* 2017, p. 2380
- D. SCHMIDT, « La loi PACTE et l'intérêt social », *D.* 2019, p. 633
- J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Les fictions en droit privé », *A. P. D.*, tome XX, 1975, p. 273
- A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD. civ.* 1994, p. 803
- P. SERLOOTEN, « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », *D.* 1985, chron. XXXIII p. 187
- P. SERLOOTEN, « L'affectio societatis, une notion à revisiter », in *Mélanges offerts à Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 1007
- G. SERRA, « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? », *BJS* 2004, p. 915
- Y. SERRA, « Nullité et inopposabilité au regard de la réception de la directive no 68-151 du Conseil des Communautés européennes par la législation française des sociétés », *D.* 1973, chron. 97
- R. SÈVE, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *APD*, t. XXIV, Sirey, 1979, p. 247

- W. SILBERCHMIDT, « Le droit commercial avant et après L. Goldschmidt », *RHD*, 1934, p.643 s.
- P. SIMLER, « Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement », *JCP N*, 1987, I, 199
- V. SIMON, « L'affectio societatis », *RDC* 2016, p. 343
- R. SINAY, « La première directive européenne sur les sociétés et la mise en harmonie du droit français », *Gaz. Pal.* 1971, 1, doct. p. 146.
- L. SINOPOLI et A. DANIS-FATOME (dir.) « Indépendance juridique de la personne morale *versus* dépendance économique », Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre, dir., *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p. 21
- B. SOINNE, « Identité ou diversité des notions de fictivité et de confusion des patrimoines », *Petites affiches*, 1995, n° 146, p. 12
- J.-P. SORTAIS, « Protection des minoritaires (Droit des sociétés) », in *Encyclopédie Dalloz droit des sociétés*
- J. F. SPITZ, « Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d'A. Fouillée », *RTD civ.* 2007, p. 281
- M. STORCK, « La SICAV, une société par actions à personnalité morale limitée », *Mélanges P. Le Cannu*, Dalloz-LGDJ, 2014, p. 399
- M. STORCK, « Société à responsabilité limitée – Constitution – Associés – Capital social et parts sociales », *J. Class. Société-Traité*, fasc. 72-10
- A. SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTD Com.* 1985, p. 621
- A. SUPIOT, « Introduction » in A. SUPIOT et M. DELMAS MARTY (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015, p.7
- A. TADROS, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D.* 2018, p. 1765
- I. TCHOTOURIAN, « Doctrine de l'entreprise et École de Rennes », in *L'entreprise dans la société du 21^{ème} siècle*, Larcier, 2013, p. 131
- F. TERRÉ, « Fondements historiques et philosophiques de la loi de la majorité », *RJ com.* 1991, p. 9
- G. TEUBNER, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *Revue française de gestion*, nov. - déc. 1993, p. 50
- A. THEIMER, « Émission d'actions gratuites au profit des salariés et des dirigeants, la problématique de la souscription », *JCP E* 2005, p. 807
- C. THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile », *RTD civ.* 1999, p. 561
- M. TIREL, « La réforme de l'intérêt social et la « ponctuation signifiante », *D.* 2019, p. 2317
- O. TOURNAFOND, « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », *D.* 2008, 260
- F.-G. TRÉBULLE, « Stakeholders Theory et droit des sociétés », *Bull. Joly* 2006, p. 1337
- D. TRICOT, « Les critères de la gestion de fait », *Dr. et patr.* janv. 1996, p. 24
- D. TSARAPATSANIS, *Le sujet de droit dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen : éclaircissements conceptuels*, publié sur internet à l'adresse : https://www.academia.edu/2190790/Le_sujet_de_droit_dans_la_théorie_pure_du_droit_de_Hans_Kelsen

- A. TUNC, « Les conventions relatives au droit de vote », *Rev. gén. de dr. com* 1942, p. 967
- A. TUNC, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements anti-sociaux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Mélanges en l'honneur de M. Ancel*, A. Pedone, 1974, p. 407
- A.-L. UDOVITCH « At the origins of the western commenda : Islam, Israel, Byzantium ? », *Speculum* 37, 1962, p. 198
- J. VALERY, « La limitation de responsabilité dont jouissent les membres de certaines sociétés est elle opposable aux créances nées d'un délit ou d'un quasi-délit ? » *Annales de droit com.* 1927, p. 249
- J. VALERY, « Comment s'est formée la théorie de la personnalité morale des sociétés commerciales » in *Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de F. Geny, Aspects historiques et philosophiques*, t. 1, Sirey, 1934, p.100
- J. VALLANSAN, « Le groupe de sociétés en droit des entreprises en difficultés », in *Actes du colloque de l'Université de Caen, « Les groupes de sociétés : quels pouvoirs ? Quelle responsabilité ? »*, dir. J.-C. PAGNUCCO, *Dr. sociétés* juin 2017, n°6 p. 30
- J. VALLANSAN et R. VABRES, « Compétence des tribunaux de commerce – Détermination des actes de commerce » *J.-Class. Commercial*, fasc. 37
- P. VAN OOMMESLAGHE, « La première directive du Conseil du 9 mars 1968, en matière de sociétés », *Cahiers de droit européen* 1969, p.498
- M. VASSEUR, « L'entreprise et l'argent », *D.* 1982, chron. 11
- A. VAVASSEUR, *Une réforme urgente : liberté des sociétés par actions*, Paris, 1861
- G. VEDEL, « La technique des nationalisations », *Droit social* 1947, p. 49
- A. VIANDIER, « La loi créant une distribution gratuite aux salariés », *Rev. Sociétés* 1981, 475
- A. VIANDIER, « Observation sur les conventions de vote », *JCP E* 1986, 15405
- A. VIANDIER « Le rachat d'actions après la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 (art. 41) », *RJDA*, 1998/7, p. 590
- A. VIANDIER, « Les actions de préférence », *JCP éd. E* 2004, n° 40, p. 1440
- S. VICENTE, « Quelles responsabilités pour les dirigeants sociaux ? », *JCP E, Cahiers de droit de l'entreprise*, 2013 n°2, p. 53
- D. VIDAL, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux », *JCP E, Cah. dr. entr.*, 3/2001, p. 16
- D. VIDAL, « La responsabilité civile du banquier dans la faillite de son client » *RD bancaire et fin.*, nov.-déc. 2006, p. 87
- D. VIDAL et alii, « L'entreprise unipersonnelle d'exercice libéral à responsabilité limitée », *Dr. sociétés, Actes pratiques*, n°47, septembre-octobre 1999
- G. VINEY, « L'influence souhaitable sur l'attribution des responsabilités des relations de dépendance entre sociétés », in « Indépendance juridique de la personne morale versus dépendance économique », *Actes du colloque de l'Université de Paris Nanterre*, dir. L. SINOPOLI et A. DANIS-FATOME, *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre-octobre 2017, n°5, p. 44
- J. E. VINUALES, « La distribution de la charge de protéger l'environnement : expressions juridiques de la solidarité », in A. SUPIOT (dir.), *Face à l'irresponsabilité, la dynamique de la solidarité*, Collège de France, 2018, p. 37
- V. WESTER-OUISSE : « Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions », *D. Affaires*, 1999, p. 782

- V. WESTER-OUISSE, « La jurisprudence et les personnes morales », *JCP G* 2009, I, 121
- G. WICKER, « Personne morale » in *Répertoire de droit civil Dalloz*
- C. WITZ, *J. Class. Civ.* Fasc. 10, « Droit de gage général »
- C. WITZ, *J. Class. Civil code*, art. 2011 à 2030, fasc. 20 « Fiducie »
- N. XUAN CHANH « La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966 », *D.* 1966, chron. p. 25
- N. XUAN CHANH, « Le sort des actes accomplis irrégulièrement au nom d'une société commerciale », *D.* 1978, 1, p. 69
- F. ZENATI-CASTAING, « Usufruit des droits sociaux », in *Rep. Soc. Dalloz*
- F. ZÉNATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mél. G. Goubeaux*, Dalloz, 2009, p. 596

IV) NOTES, CHRONIQUES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS

- E. AGOSTINI, note sous Cass. soc. 3 oct. 1980, *D.* 1982, p. 68
- H. BARBIER, « De nouvelles entorses à la jurisprudence Myr'Ho d'Assemblée plénière du 6 octobre 2006 », note sous Cass. com. 18 janv. 2017, *RTD civ.* 2017, p. 651
- D. BASTIAN, obs. sous CA Paris, 3ème Ch. 28 fév. 1959, *JCP* 1959 II, 11175
- F. BENAC-SCHMIDT note sous Cass. com., 9 avr. 1996, n° 94-12.350, *Rev. sociétés*, 1997, p. 81
- R. BESNARD GOUDET, note sous CA Aix, 20 sept. 2000, *D.* 2002, 1821
- Th. BONNEAU, note sous Cass. com., 19 oct. 1999 : *Dr. sociétés*, 2000, n° 1, p. 4
- T. BONNEAU, « De la notion d'entreprise », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 mars 2002, *Droit des sociétés*, juillet 2002, comm. 126
- C. BRAIBANT, concl. sur CE, 13 nov. 1970, Ville de Royan, *RDP*, 1971, p. 746
- M. CABRILLAC, obs. sous Cass. com., 11 mai 1999, *JCP* 1999, 1, 177, n°16
- C. CHAMPAUD, note sous Cass. com. 11 mars 2008, *RTD com.* 2008, p. 773
- C. CHAMPAUD, note sous Cass. com. 13 janvier 2009, *RTD Com.* 2009 p. 568
- C. CHAMPAUD et D. DANET, obs. n°11 sous CA PARIS 3^{ème} ch. B, 14 nov. 2003, *RTD com.* 2004, p. 233
- C. CHAMPAUD et D. DANET, note sous Cass. com., 16 nov. 2004, *RTD com.* 2005, p. 111
- C. CHAMPAUD et D. DANNET note sous Cass. com. 19 avr. 2005 (aff. Metaleurop), *RTD com.* 2005, p. 541
- P. CHAUVEAU, note sous Alger, 5 mai 1926, *D.* 1926
- A. CONSTANS, « Un nouveau cas de responsabilité civile du fait d'autrui », obs. sous CJUE, 14 mars 2019, aff. C-724/17, Vantaan c/ Skanska, *JCP E* 2019, 1286
- A. CONSTANTIN, note sous Cass. com. 22 juin 1999, *Revue des Sociétés* 1999, p. 824
- A. COURET, note sous Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1999, *BJS* 2000, p. 736

- M. COZIAN, note sous Cass. com., 15 mai 2007 : « Abus de droit, apport-cession et apport-donation : la Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ? », *JCP E* 2007, 2100
- L. D'AVOUT obs. sous les arrêts Daily Mail, Centros, et Cartesio in C. NOURISSAT, M. KARPENSCHIF (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, PUF, 3ème éd. 2016, n°60 p. 299
- L. D'AVOUT et S. BOLLEE, « Chronique de droit du commerce international », *D.* 2016, 2025
- J.-J. DAIGRE note sous Cass. com. 21 nov. 1995, *JCP E* 1996, p. 852
- F. DEBOISSY et G. WICKER, obs. sous Cass. com. 12 mai 2015, *JCP E* 2016, n°1036
- F. DERRIDA, note sous T. com. Pontoise, 26 janv. 1979, *D.* 1979, p. 457
- P. DIENER, note sous Civ. 3ème 22 juin 1976, *D.* 1977, p. 619
- P. DIENER, note sous CA PARIS, 16 novembre 1993, *Bulletin Joly*, 1994, p. 74
- A. EL MEJRI, « Sanction de la société mère du fait de la pratique anticoncurrentielle de la filiale : la jurisprudence se durcit », note sous Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-19.120, *JCP E* 2018, 1051
- P. ÉTAIN, note sous Cass. com. 21 oct. 1997, *LPA*, 11 févr. 1999, p. 15
- T. FAVARIO « Consécration de la « faute séparable » de la qualité d'associé », note sous Cass. com. 18 févr. 2014, *D.* 2014, p. 764
- J.-P. GRIDEL, note sous Cass. civ. 1ère, 28 oct. 2003, *D.* 2004, p. 21
- J. HEMARD, note sous Cass. com. 23 oct. 1984, *Rev. sociétés* 1985 p. 62
- R. HOUIN, obs. sous Cass. com. 7 mars 1972, *RTD com.* 1973, p. 355
- M. JEANTIN, note sous Cass. civ. 1re, 23 mai 1977, *D.*, 1978, p. 89
- M. JEANTIN, note sous Cass. com. 18 nov. 1986, *JCP* 1987, II, 20806
- M.-H. MONSERIE-BON, obs. sous CA Versailles, 1ère ch. A, 7 sept. 2000, *RTD com.* 2000, p. 966
- P. LE CANNU, note sous Cass. com., 28 avr. 1998, n° 96-10.253, *Bull. Joly* 1998, p. 808
- A. LECOURT, note sous Cass. com. 15 nov. 2017, n° 16-20.193, *RTD com.* 2018. 374
- H. LE NABASQUE, note sous Cass. com., 9 mars 2010, n°08-21547, *Rev. Sociétés*, 2010, p. 230
- A. LIENHARD, obs. sous Cass. com., 24 juin 2003, n° 01-01.464 ; *D.* 2003, p. 1839
- A. LIENHARD note sous Cass. com. 19 avril 2005, *D.* 2005, 1225
- A LIENHARD, obs. sous Cass. com. 15 déc. 2009, *D.* 2010, p. 10
- F.-X. LUCAS, note sous CA Versailles, 1ère ch. A, 7 sept. 2000, *Bull. Joly* 2000 § 290, p. 1175
- F.-X. LUCAS, note sous Cass. com. 27 sept. 2005, *RDC* 2006, p. 443
- R. MARTIN, note sous CA PARIS, 1re ch. A, 22 janvier 1997, *JCP*, éd. G, 1997, II, n° 22971
- T. MASSART, « Vive le capital risque sans risque », note sous CA PARIS, 21 déc. 2001 *Bull. Joly* 2002, p. 499
- N. MATHEY, note sous Cass. com. 15 mai 2007, *BJS* 2007, 1094
- N. MATHEY, note sous Cass. com., 9 juin 2009, *Rev. sociétés* 2009, p. 781
- R. MORTIER, note sous Cass. com., 15 nov. 2017, *Droit des sociétés* n° 4, Avril 2018, comm. 59
- D. OHL, note sous Com. 28 avr. 1998, *JCP G* 1998.II.10177, p. 1921

- I. PARACHKEVOVA, note sous Cass. com., 4 oct. 2011, *BJS* 2012, p. 19
B. PETIT et M. PICQ, note sous Cass. soc. 7 nov. 1995, *JCP* 1996, II, 22626
B. SAINTOURENS, note sous Cass. com. 28 avr. 1998, *Rev. sociétés* 1998, p. 769
B. SAINTOURENS, note sous Cass. com. 5 déc. 2006, *RTD com.* p. 673
R. SALEILLES, note sous Cass. civ. 16 juin 1896, *D.* 1897, 1, p. 433
H. ROUSSEAU, note sous Cass. req. 20 nov. 1922, *S.* 1926, p. 305
H. ROUSSEAU, note sous Cass. req., 13 mai 1929, *S.*, 1929, 1, p. 289
R. SALLEILLES, note sous Cass. civ. 16 juin 1896, *D.* 1897, 1, p. 433
J.-P. SORTAIS, note sous Rouen, 6 juin 1973, *Rev. sociétés* 1974, p.741
C. TABOUROT-HYEST, note sous Cass. com. 12 juin 2012, n°11-16109, *Rev. sociétés* 2013, p. 95
E. THALLER, note sous Cass. Req. 3 mars 1903, *D.* 1904, 1, p. 255
E. THALLER, note sous Amiens, 26 mai 1906, *D.* 1907, II, p. 25
D. VIDAL, « Responsabilité civile du gérant. Faute séparable de ses fonctions », note sous Cass. civ. 3e, 4 avr. 2001, *Dr. des Sociétés*, 2001, com. 102

V) LISTE DES ARRETS, JUGEMENTS ET DECISIONS

COUR DE CASSATION

- Cass. Req. 2 juillet 1817, *S.* 1815-1818, p. 341
Cass. req., 6 avr. 1853 : *D. P.*, I, p. 193
Cass. req., 8 janv. 1872, *DP* 1872, 1, p. 194
Cass. civ., 15 janv. 1872 : *DP* 1872, 1, p. 165
Cass. req., 30 juill. 1895 : *DP* 1896, 1, p. 132
Cass. Req. 3 mars 1903, *D.* 1904, 1, p. 255, n. E. THALLER
Cass. Req. 28 avr. 1903, *S.* 1903, I, p. 472
Cass. Req. 10 juillet 1905, *DP* 1906, I, 191.
Cass. Req. 31 janv. 1917, *GP* 1916 et 1917, p. 886, *Journ. Soc.* 1918, p. 158, note H. B.
Cass. Req. 15 déc. 1920, *S.* 1924, 1, 17.
Cass. Civ. 12 nov. 1923, *S.* 1925. 1. 153, note A. S.
Cass. req., 2 mars 1926, *DH* 1926, p. 177
Cass. civ. 28 janv. 1954, (*Comité d'établissement de Saint-Chamond*), *D.* 1954. 217, n. G. LEVASSEUR, *JCP* 1954, II. 7978, concl. LEMOINE, *Dr. soc.* 1954. 161, n. P. DURAND ; H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 1, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, n°19-20, p. 135
Cass. com. 19 mai 1954, *Bull. civ.* III, n°189
Cass. civ. 2^e, 17 févr. 1955, *D.* 1956, p. 17
Cass. Ass. Plén. 13 déc. 1962, *D.* 1963, jp. 277, n. J. CALAIS-AULOY ; *JCP* 1963 II, 13105, n. P. ESMEIN
Cass. com., 21 mai 1963, n°61-13.827, *Bull. civ.* III, n°245.

- Cass. civ. 2^{ème}, 17 juin 1967, *Bull. civ.* II, n°261, p. 182, *RTD civ.* 1968, p. 149, obs. G. DURRY
- Cass. com. 9 octobre 1967 (*Bull.* III, n° 310 ; *RTD com.*, 1968.129, obs. R. HOUIN
- Cass. com. 30 octobre 1967, no 64-13.784, *Bull. civ.* III, n°346, *RTD Com.*, 1968, p.131, obs. R. HOUIN
- Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1969, *Bull. civ.* I, n°8
- Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1969, *JCP* 1970. II. 16445, note J.-L. AUBERT
- Cass. Com. 9 nov. 1970, *Bull. civ.* IV, n° 298
- Cass. com., 22 mai 1970 ; *Bull. civ.* 1970, IV, n° 166 ; Cass. soc., 10 juill. 1975 : *Rev. sociétés* 1976, p. 326, note Y. GUYON
- Cass. com. 7 mars 1972, *Rev. sociétés* 1973, p.733 note J.-P. SORTAIS ; *RTD com.* 1973, p. 355 obs. R. HOUIN
- Cass. com. 19 avr. 1972, *Rev. Sociétés* 1973, p. 81 note J.-H.
- Cass. com., 18 juin 1973, *Rev. sociétés* 1974, p. 300, note J. H.
- Cass. com. 17 juill. 1973, *Bull. civ.* IV, n°249
- Cass. com. 17 juin 1974, *Gaz. Pal.* 1975, p. 127
- Cass. com. 18 juin 1974, n° 73-10.662, *BJS* 1974, p. 709 ; *D.* 1974, somm. p. 116
- Cass. com. 5 nov. 1974, *Rev. soc.* 1975, p. 492, n. Y. GUYON
- Cass. civ. 3^{ème} 8 janv. 1975, n° 73-13.635, *Bull. civ.* 1975, III, n° 2 ; *Rev. sociétés* 1976, p. 301, note I. BALENSI
- Cass. com. 3 mars 1975, *Rev. sociétés* 1975, p. 454, note D. RANDOUX ;
- Cass. civ. 3e 22 juin 1976, n° 74-10.119, *D.* 1977, jur., p. 619, note P. DIENER
- Cass. civ. 3^{ème}, 3 mai 1977, *Bull.* n° 194, p. 148 ;
- Cass. com. 3 nov. 1980, *Bull. civ.* IV, n° 358.
- Cass. com. 15 févr. 1982, n° 78-16.102 ; *Bull. civ.* 1982, IV, n° 57
- Cass. com., 8 mars 1982 : *Rev. soc.* 1982, p. 573, note Y. GUYON ; J. MESTRE, E. PUTMAN et D.VIDAL, *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, 1995, n° 11, p. 49
- Cass. com., 19 oct. 1982, *Bull.* n° 319, p. 269
- Cass. com., 19 déc. 1983, *Bull. Joly* 1984, § 105, p. 295 ; *RTD com.* 1984, p. 477, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN
- Cass. crim. 4 fev. 1985 (Rozenblum) *D.* 1985, jur. 478, note D. OHL ; *Rev Sociétés* 1985, p. 648 note BOULOC ; C.A. Versailles, 2 avril 2002, *RJDA* 2002 n°1150 ; *JCP E* 2002, 1639 n°8, obs. CAUSSAIN, DEBOISSY, WICKER
- Cass. civ. 2e 23 oct. 1985, *Rev. sociétés* 1986, p.408, note B. BOULOC
- Cass. com. 11 mars 1986, *DMF* 1987, p. 363
- Cass. com., 3 juin 1986, *Rev. sociétés*, 1986, p. 585, note Y. GUYON
- Cass. com. 18 nov. 1986 (*Rev. sociétés*, 1987, p. 581, note. I. URBAIN-PARLEANI ; *JCP* 1987, II, 20806, note M. JEANTIN ; *D.* 1987, Somm., p. 389
- Cass. Com. 7 avr. 1987, *RTD com.* 1987.512 ; CJCE, 15 oct. 1992 : *D.* 1992, *inf. rap.*, p. 267
- Cass. com. 26 janv. 1988, n° 85-18618, *Bull. Joly* 1988, p. 193 ; *Rev. dr. banc.* 1988, p. 130, note. M. JEANTIN et A. VIANDIER
- Cass. com., 11 oct. 1988, *Bull. Joly* 1988, § 308, p. 939, note P. LE CANNU
- Cass.com., 8 nov. 1988, *D.* 1989, somm. p. 372, obs. A. HONORAT ; *Rev. sociétés* 1990, p. 71, obs. A. HONORAT ; *Journ. agréés* 1989, somm. n° 23, p. 236, obs. Ch.-H. GALLET ;
- Cass. com. 28 nov. 1989, *DMF* 1991, p. 290

- Cass. soc. 23 janv. 1990, *Rev. Sociétés* 1990. 444, n. R. VATINET ; *JCP* 1990. II. 21529, n. NEVOT ; *Dr. Soc.* 1990. 322, n. J. SAVATIER)
- Cass. com. 20 nov. 1990, *Rev. société* 1991, 521, note M. PARIENTE, *JCP E* 1991, II, 195, note J.-P. LEGROS
- Cass. com., 18 déc. 1990, n° 89-15.838 ; *Bull. Joly* 1991, p. 326, § 101
- Cass. com., 8 janv. 1991, n° 89-15.766 ; *JCP E* 1991, n° 275 ; *JCP G* 1991, IV, p. 8 ; *Bull. civ.* 1991, IV, n° 15 ; *Bull. Joly* 1991, p. 330, § 102
- Cass. com., 15 janv. 1991 févr. *Bulletin Joly* 1991, p. 424 §145
- Cass. com. 22 janv. 1991, n° 89-11.650 : *RJDA* 2/1992, n° 152 Y. GUYON, *RF compt.* mai 1991, p. 62
- Cass. com. 5 févr. 1991, *BJS* 1991, p. 224, n. P. LE CANNU
- Cass. com. 12 février 1991, n°89-16771
- Cass. Soc. 17 avril 1991, *Bull. civ.* V, n°200, p. 122
- Cass. com., 4 juin 1991, *Bull. civ.* IV, n° 211 ; *RJDA* 8-9/1991, n° 715 ; *BRDA* 1991, n° 17, p. 6 ; *Rev. sociétés* 1992, p. 55, note Y. CHARTIER ; *Deffrénois* 1992, p. 915, obs. J. HONORAT
- Cass. Com. 8 oct. 1991, n°89-11230, *D.* 1993, p. 356, note D. MAGNIN
- Cass. com. 28 janv. 1992, n° 90-17389, *Bull. civ.* IV, n° 36, *D.* 1993.23, note J. PAGES, *JCP* 1993,II. 21994, note A. TISSERAND, *Bull. Joly* 1992, p. 419, note P. LE CANNU ; *D.* 1993, p. 23, note J. PAGES ; *JCP G* 1993, II, 21994, note A. TISSERAND ; *Dr. sociétés* 1992, comm. n° 75, note T. BONNEAU
- Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, *Bull. civ.* I, n°154
- Cass. com., 16 juin 1992, n° 90-17.237, (arrêt *Lumale*), *Bull. civ.* 1992, IV, n° 243 ; *Dr. sociétés* 1992, comm. 178, obs. Th. BONNEAU ; *D.* 1993, jurispr. p. 508, note L. COLLET ; *Bull. Joly* 1992, p. 960, § 313
- Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1992, n° 91-10.619 ; *Bull. civ.* 1992, I, n° 250
- Cass. com. 20 oct. 1992, *Bull. civ.* IV, n°314, *Rev. proc. coll.* 1993, p. 265, obs. J.-M. CALENDINI
- Cass. com., 15 déc. 1992, *Rev. proc. coll.* 1993, p. 266, obs. J.-M. CALENDINI
- Cass com., 12 janv. 1993, *BJS* 1993, p. 336, note A. COURET.
- Cass. civ. 3^{ème}, 20 janvier 1993, n° 90-21.997, *Dr. sociétés* 1993, comm. 111, note Th. BONNEAU ; *D.* 1994, somm. p. 201, obs. J.-R. BOUYEURE.
- Cass. com. 6 avr. 1993, *BJS* 1993, p. 677
- Cass. com., 15 juin 1993, n° 91-21.295, *Bull. Joly* 1993, p. 1262, § 380 ;
- Cass. com., 19 oct. 1993, n° 91-11.073 ; *RJDA* 1994, n°169 et 205
- Cass. soc. 24 nov. 1993, n° 90-41.751, *Bull. civ.* V, n° 283 ; *Dr. soc.* 1994, p. 43
- Cass. com. 1^{er} févr. 1994, *JCP* 1995, II, 22432, n. D. GIBIRILA
- Cass. com 8 février 1994, n°91-15.844, *Dr. sociétés* 1994, comm. 70, obs. Y. CHAPUT ; *Rev. sociétés* 1995, p. 100, obs. A. HONORAT et A.-M. ROMANI.
- Cass. com. 1^{er} mars 1994, *Bull. civ.* IV, n°93
- Cass. com., 28 juin 1994, *RJDA*, 1994/11, n° 1206, 1^{ère} esp
- Cass. com. 15 novembre 1994, *Bull. civ.* IV, n°338
- Cass. com. 24 octobre 1995, *RJDA* 2/96, n°266.
- Cass. com., 21 nov. 1995, *JCP E* 1996, 852, note J.-J. DAIGRE ; *Rev proc. Coll.* 1997, p. 165, n°4, obs. CALENDINI
- Cass. Com. 19 mars 1996, n° 94-12.004, *Rev. sociétés* 1996, p. 840, note T. BRUGUIER ; *Bull. Joly* 1996, p. 614, note A. COURET ; *JCP G* 1996, I, 3960, § 17, obs. Ph. PETEL ; *Deffrénois* 1996, p. 935, obs. P. LE CANNU.

- Cass. com., 9 avr. 1996, n° 94-12.350, *Rev. sociétés*, 1997, p. 81, note F. BENAC-SCHMIDT
- Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632 P ; *GAJC*, 11e éd., n° 156 ; *D.* 1997. 121, note A. SERIAUX ; *ibid.* Somm. 175, obs. P. DELEBECQUE ; *JCP* 1997. II. 22881, note D. COHEN ; *JCP* I. 4025, no 17, obs. G. VINEY ; *JCP* I. 4002, n°1, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *Gaz. Pal.* 1997. 2. 519, note R. MARTIN ; *Defrénois* 1997. 333, obs. D. MAZEAUD ; *CCC* 1997, n° 24, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1997. 418, obs. J. MESTRE
- Cass. com. 18 juin 1996, *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 922, note AC
- Cass. com. 25 juin 1996, *Bull. civ.* 1996, IV, n° 190 ; *JCP G* 1997, I, 4004, n° 1, obs. Ph. PETEL ; *Def.* 1996, p. 1297 obs. H. HOVASSE ; *Quot. jur.* 16 juill. 1996, p. 2
- Cass. civ. 1re 11 févr. 1997, n° 95-13.029, *JCP G* 1997, II, 22820, p. 173, note T. GARE ; *JCP G* 1997, IV, 737, p. 115 ; *Bull. civ.* I, n° 46 ; *Bull. Joly* 1997, p. 472, § 189
- Cass. com. 4 mars 1997, *Dalloz Affaires*, 1997, n° 14, p. 449 ; *BRDA* 1997-8, p. 6
- Cass. com., 7 oct. 1997 : *Bull. Joly* 1997, 1074
- Cass. com. 25 nov. 1997, *Revue des sociétés* 1998 p.586, note C. PORTERON
- Cass. com. 3 févr. 1998, *JCP E* 1998, n°17, p. 652, obs. P.PETEL ; *Bull. Joly Sociétés*, 1998, p. 654, § 219, note J.-J. DAIGRE ; *D. Affaires*, 1998, p. 174
- Cass. com., 17 fév. 1998, Petites affiches, 12 juin 1998, p. 22, note B. SOINNE note Ph. PETEL ; *Bull. Joly* 1998, p. 658 ; *Dalloz Affaires* 1998, p. 426, obs. A.L. ; Cass. com., 23 juin 1998, *RTD com.* 1998, p. 924, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; *Dalloz Affaires* 1998, p. 1364, obs. A.L.
- Cass. com., 3 févr. 1998, *JCP E* 1998, n° 17, p. 652, obs. P. PETEL.
- Cass. civ. 3, 25 mars 1998, *Bull. civ.* III, n°74, p. 48
- Cass. com., 7 avr. 1998, n° 96-13.400, *Bull. Joly* 1998, p. 792, § 256
- Cass. com., 28 avr. 1998, n° 96-10.253, *JCP G* 1998, n° 31, p. 1258, note Y. GUYON ; *Dr. sociétés* 1998, comm. 115, note D. VIDAL ; *JCP G* 1998, II, 10177, note D. OHL ; *Rev. sociétés* 1998, p. 767, note B. SAINTOURENS ; *Bull. Joly* 1998, p. 808, note P. Le CANNU
- Cass.com., 16 juin 1998, n° 96-12.337, *Dr. sociétés* 1998, comm. 122 ; *JCP E* 1998, 1383 ; *JCP G* 1998, IV, 2814, p. 1566 ; *Bull. civ.* 1998, n° 203 ; *D. affaires* 1998, p. 1537
- Cass. 1re civ., 6 oct. 1998, *Juris-Data*, n° 003841
- Cass. 3e civ., 6 janv. 1999, n° 96-18.690, *Bull. civ.* 1999, II, n° 3 ; *D.* 2000, p. 426, note C. ASFAR ; *D. Affaires* 1999, p. 204, obs. J. F. ; *RDI* 1999, p. 255, obs. B. BOUBLI ; *RTD civ.* 1999, p. 403, obs. P. JOURDAIN
- Cass. 1re civ., 15 juin 1999 : *JCP, éd. E*, 1999, pan., p. 1132 ; *D. Affaires*, 1999, p. 1119, obs. A. L.
- Cass. com., 22 juin 1999 (*Bull. civ.* IV, n° 136 ; *Bull. Joly* 1999, § 229, p. 978, note A. COURET ; *D. affaires* 1999, p. 1336, obs. M.B. ; *Dr. sociétés* 1999, comm. n° 143, obs. Th. BONNEAU ; *RTD com.* 1999, p. 903, obs. Y. REINHARD ; *RTD com.* 1999. 875, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Déf.*, 1999, art. 37061, p. 1195, n° 11, note H. HOVASSE ; *Rev. sociétés* 1999, p. 824, obs. A. CONSTANTIN ; *JCP E* 2000, n° 5, p. 181, note C. CUTAJAR ; *JCP G* 2000, II, 10266, note M. MENJUCQ ; *D.* 2000, p. 389 , obs. S. PIEDELIEVRE ; *ibid.* 234, obs. J.-C. HALLOUIN
- Cass. com., 23 nov. 1999, *RJDA*, 2000/4, p. 361, n° 457

- Cass. civ. 1^{ère} 15 déc. 1999, *Bull. civ.* I, n°351 ; JCP G 2000, II, 10384, n. G. MÉMETEAU ; I, 241, n°6, obs. G. VINEY
- Cass. com. 8 févr. 2000, *BJS* 2000, p. 661 note R. BAILLOD
- Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 97-44.718; *Bull. civ.* 2000, V, n° 391.
- Cass. civ. 3^{ème}, 13 juin 2001, n° 99-18.676 et 99-20.019, *CCC* 2001, comm. 155, obs. L. LEVENEUR
- Cass. civ. 1^{ère}, 20 nov. 2001 (n°99- 13985, *Droit et patrimoine* 2002 n°102, p. 103, *D.* 2002, AJ p. 95, obs. A. LIENHARD),
- Cass. com. 19 fevr. 2002 n°98-20.578, *Droit et patrimoine* 2002, n°106, p. 104, note D. PORACCHIA ; *JCP E* 2002. 1677, note J.-P. LEGROS; *JCP G* 2003, II. 10148, note AYISSI MANGA
- Cass. com. 12 mars 2002, *Droit des sociétés*, 2002, n°148, n. F.-X. LUCAS ; *BJS* 2002, p. 1033, § 224, note B. SAINTOURENS ; *D.* 2002, 1199, obs. A. LIENHARD ; T. BONNEAU, « De la notion d'entreprise », *Droit des sociétés* n° 7, Juillet 2002, comm. 126
- Cass. com. 9 juill. 2002, n° 99-12.554 P: R., p. 468 ; *D.* 2002. AJ 2329, obs. CHEVRIER; *ibid.* Somm. 2836, obs. P. DELEBECQUE ; *D.* 2003 Somm. 457, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 2002. II. 10176, note G. LOISEAU et M. BILLIAU; *ibid.* I. 184, nos 14 s., obs. J. ROCHFELD ; *CCC* 2003, no 2, note L LEVENEUR ; *Dr. et patr.* 11/2002. 103, obs. CHABAS
- Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002 (*D.* 2003, p. 369 note J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 2003, p. 284, obs. J. MESTRE et B. FAGES
- Cass. com. 18 mars 2003, *Bull. civ.* IV, n° 46, *D.* 2003, AJ 975, obs. A. LIENHARD, *D.* 2004, somm. 271, obs. J.-C. HALLOUIN, *Bull. Joly* 2003.643, note J.-F. BARBIERI, *Rev. Sociétés* 2003. 500, note Y. GUYON
- Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17092, FS-P+B+I ; *Dr. sociétés* 2003, comm. 148, obs. J. MONNET ; *JCP E* 2003, p. 1331, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *JCP E* 2003, p. 1580, note HADJI-ARTINIAN ; *JCP G* 2003, 786, note H. Le NABASQUE ; *D.* 2003, act. jurispr. p. 1502, obs. A. LIENHARD et p. 2623, note B. DONDERO ; *Rev. sociétés* 2003, p. 479, obs. J.-F. BARBIERI ; *RTD com.* 2003, p. 523, obs. J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD et p. 741, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Defrénois* 2003, note M.-H. MALEVILLE-COSTEDOAT ; *Defrénois* 2004, p. 898, obs. J. HONORAT ; *LPA*, 7 nov. 2003, p. 13, note S. MESSAÏ ; *Dr. et patrimoine*, nov. 2003, p. 91, obs. D. PORACCHIA ; *Rev. Lamy Dr. Civil*, janv. 2004, p. 48, chron. F.-X. LUCAS ; *RJDA* 8-9/03, n° 842)
- Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 2004, *RJDA* 2004, n°1163
- Cass. civ. 1^{ère} 18 mai 2004, n° 01-13.844, *Bull. civ.* 2004, I, n° 141 ; *D.* 2005, p. 194, obs. P. DELEBECQUE, P. JOURDAIN et D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2004, p. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES, et p. 516, obs. P. JOURDAIN ; *RTD com.* 2004, p. 804, obs. B. BOULOC ; *Contrats, conc., consom.* 2004, comm. 121, note L. LEVENEUR
- Cass. soc., 1er juin 2004, n°02-41.176 et n° 02-41.775
- Cass. crim., 7 sept. 2004, n° 03-86.292, F-D ; CA Aix, 20 sept. 2000, *D.* 2002, 1821, n. R. BESNARD GOUDET
- Cass. civ. 1^{ère}, 9 nov. 2004, *D.* 2005, p. 253 note F. CHABAS ; *JCP G* 2005, II, 10020, rapp. DUVAL-ARNOULD, n. S. PORCHY-SIMON ; *RTD civ.* 2005, p. 143, obs. P. JOURDAIN

- Cass. com, 16 nov. 2004, n° 00-22.713, *Dr. sociétés* 2005, comm. 12 ; *D.* 2004, p. 3144, note A. LIENHARD ; *Bull. Joly* 2005, p. 270, note N. MATHEY ; *RTD com.* 2005, p. 111, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Rev. sociétés* 2005, p. 593, note H. LE NABASQUE ; *JCP E* 2005, 131, obs. J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER ; *Dr. et patrimoine* févr. 2005, p. 133, note D. PORACCHIA ; *RD bancaire et fin.* janv.-févr. 2005, p. 32, note A. COURET ; *RDC* 2005, p. 3.96, note F.-X. LUCAS
- Cass. civ. 1re, 19 avr. 2005, n° 01-17226, *Bull. civ. I*, n° 187 ; *D.* 2005, p. 1230, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2005, p. 527, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; *RTD com.* 2005, p. 785, note L. GROSCLAUDE ; *BJS* 2005, p. 1276, note J.-J. DAIGRE ; *Rev. sociétés* 2006, p. 111, obs. D. PORACCHIA
- Cass. com. 19 avr. 2005, n° 05-10.094 (*Metaleurop*), *Bull. civ. IV*, n° 92 ; *D.* 2005. 1225, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2005, p. 541, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Rev. sociétés* 2005, p. 897, note D. ROBINE et J. MAROTTE
- Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, *D.* 2006. 717, obs. CHEVRIER ; *RTD civ.* 2006. p. 322, obs. E. JOURDAIN
- Cass. com., 27 sept 2005, n° 02-14.009, *Dr. sociétés* 2005, comm. 210 ; H. LECUYER et comm. 217, H. HOVASSE ; *D.* 2005, p. 2681, note A. LIENHARD ; *Bull. Joly* 2006, p. 92, note A. COURET ; *Banque et droit* mars-avr. 2006, p. 58, note I. RIASSETTO ; *RDC* 2006, p. 443, obs. F.-X. LUCAS ; *RTDF* juin 2006, p. 93, obs. F. COHEN et J.-F. LOUIT
- Cass. Soc. 13 juin 2006, n° 04-43.878.
- Cass. com. 11 juil. 2006, *Bull. civ. IV*, n°180 ; *JCP G* 2006, I, 176 obs. Y.-M. SERINET
- Cass. com., 3 oct. 2006, n° 04-14.272, *Dr. fisc.* 2007, n° 12, comm. 302 ; P. FERNOUX, « SCI et démembrement de propriété : l'épilogue heureux d'un long combat », *JCP N* 2007, n° 28, 1216
- Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, *Bull., Ass. plén.*, n° 9 ; *D.* 2006. 2825, n. G. VINEY ; obs. I. GALLMEISTER, ; *ibid.* 2007. 1827, obs. L. ROZES ; *ibid.* 2897, obs. P. BRUN et P. JOURDAIN ; *ibid.* 2966, obs. S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *AJDI* 2007. 295, obs. N. DAMAS ; *RDI* 2006. 504, obs. P. MALINVAUD ; *RTD civ.* 2007. 61, obs. P. DEUMIER ; *ibid.* 115, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *ibid.* 123, obs. P. JOURDAIN ; rappr. *GAJC, op. cit.* t. 2, n°177
- Cass. Ass. Plén. 9 oct. 2006, n° 06-11.056, *D.* 2006, 2933 note D. HOUTCIEFF, *JCP G* 2006 II 10175, note T. BONNEAU
- Cass. soc., 8 novembre 2006, n° 04-43.887, 04-43.888 et 04-44.028
- Cass. com. 5 déc. 2006, *Bull. civ. IV* n°236 ; *D.* 2007, p. 89 et s. obs. E. CHEVRIER, *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. 87, obs. L. LEVENEUR ; *RTD com.* 2007, p. 673, note B. SAINTOURENS
- Cass. soc., 6 mars 2007, n° 05-41.287
- Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, n° 05-21.658, *JCP* 2007. II. 10105, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 91, F.-X. LUCAS ; *Bull. Joly* 2007, 873, obs. F. SAUVAGE
- Cass. civ. 3^{ème}, 3 mai 2007, n° 06-11.798, *Bull. civ.* 2007, II, n° 122 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 215, note R. MORTIER ; *D.* 2007, p. 1344 ; *BRDA* 11/2007, p. 2
- Cass. com., 15 mai 2007, n°06-14262, *Dr sociétés* 2007, 174 note R. MORTIER ; *BJS* 2007, p. 1094 note N. MATHEY ; M. COZIAN, « Abus de droit, apport-cession et

apport-donation : la Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ? », *JCP E* 2007, 2100
Cass. soc. 19 juin 2007, n° 05-42.570, *RDT* 2007, p. 543, obs. F. JAULT-SESEKE
Cass. civ. 3^{ème}, 10 oct. 2007, n° 05-18.076, *BRDA* 2007, n°21, p. 3 *RJDA* 1/2008, n° 39
Cass. com. 23 oct. 2007, *Bull. civ.* I, n°226 ; *Défrenois* 2007, 1729, obs. R. LIBCHABER ; *JCP* 2007, II, 10119, obs. Y.-M. SERINET ; *RDC* 2008, 231, obs. D. MAZEAUD et 234, obs. T. GENICON ; *D.* 2008 note. G. CHANTEPIE ; *JCP* 2008, II, obs. ROGET
Cass. civ. 3^{ème}, 18 décembre 2007, n°06-21.897, *Dr. sociétés* 2008, comm. 121, note R. MORTIER, *RJDA* 4/2008, n° 367
Cass. Com. 11 mars 2008, n° 06-19.968 et n° 06-20.081 (2 arrêts), *Dr. sociétés* 2008, comm. 116, note M.-L. COQUELET ; *RTD com.* 2008 p.773, note C. CHAMPAUD et D. DANET
Cass. com., 26 mars 2008, n° 06-21.944 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 16, comm. 283 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 40, comm. 527, note J. LEDAN ; *RJF* 2008, n° 1136 ; R. MORTIER, « Validations de l'apport avant donation : la Cour de cassation retrouve le cap ... ou presque » *JCP N* 2008, n° 28, 1239
Cass. Civ. 3^{ème}, 7 mai 2008, n°07-13409, *D.* 2008, p. 1413, obs. Y. ROUQUET
Cass. civ. 2^{ème}, 15 mai 2008, n°06-22171, *RTD civ.* 2008, p. 680, obs. P. JOURDAIN
Cass. com., 20 mai 2008, n° 07-18.397 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 24, comm. 378 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 40, comm. 527, note J. LEDAN ; R. MORTIER, « Validations de l'apport avant donation : la Cour de cassation retrouve le cap ... ou presque », *JCP N* 2008, n° 28, 1239
Cass. com., 3 juin 2008, 07-12.017, 07-15.228, *D.* 2008, AJ 1691, obs. A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2009, 113, note B. DONDERO.
Cass. com., 23 sept. 2008, n° 07-15.210 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 47, act. 334, E. MEIER et R. TORLET ; *JCP N* 2008, n° 47, act. 747
Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-18.770 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 47, act. 334, E. MEIER et R. TORLET ; *JCP N* 2008, n° 47, act. 747
Cass. civ. 3^{ème}, 5 nov. 2008, *Def.* 2008, art. 38874, n°4, obs. E. SAVAUX
Cass. com. 13 janvier 2009, n° 07-20.097, *Dr. sociétés* avr. 2009, obs. M.-L. COQUET ; *RTD com.* 2009, p. 568 note C. CHAMPAUD ; *JCP N* 2009, n° 24, 1205, note Fr. DUCHENE et M. EPSTEIN
Cass. com. 20 janv. 2009, n°07-16558, *Gaz. proc. coll.* 28 avr. 2009, p. 19, note F. REILLE
Cass. com., 10 févr. 2009, n° 07-20445 : *Bull. civ.*, IV, n° 21 ; *BJS* mai 2009, p. 499, n° 99, note S. MESSAÏ-BAHRI, *D.* 2009, p. 559, n. A. LIENHARD et p. 1243, obs. R. SALOMON ; *JCP E* 2009, 1602, n. B. DONDERO ; *Rev Sociétés* 2009, p. 328, n. J.-F. BARBIÈRI ; *RTD civ.* 2009, p. 537, obs. P. JOURDAIN
Cass. com. 5 mai 2009, n°08-13.304, *BRDA*, n°10-2009, p.3.
Cass. com., 9 juin 2009, n° 07-20.937, *Rev. sociétés* 2009, p. 781, note N. MATHEY.
Cass. 1^{re} civ. 20 janv. 2010, n° 08-13.200, *Dr. sociétés* 2010, comm. 83, note M.-L. COQUELET
Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547, PB, *D.*, 2010, p. 761, note A. LIENHARD ; *Dr. sociétés*, 2010, comm. 109, note M.-L. COQUELET ; *JCP E*, 2010, 1483, note S. SCHILLER ; *Rev. sociétés*, 2010, p. 230, note H. LE NABASQUE ; *Rev. Lamy Dr. aff.*, mai 2010, n° 49, p. 14, note A. CERATI-GAUTHIER

Cass. com., 28 sept. 2010, n° 09-66.255, P+B+R+I, *Bull. civ.*, IV, n° 146 ; *BJS* déc. 2010, p. 976, n° 212, note A. COURET ; *JCP E* 2010, 2084, note M. ROUSSILLE ; *JCP E* 2011, 1000, spéc. n° 1, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ;

Cass. soc. 18 janv. 2011 (*Jungheinrich AG*), n° 09-69.199, *D.* 2011, p.382; *ibid.* 2012, p.901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; *Rev. sociétés* 2011, p. 154, note A. COURET ; *Dr. soc.* 2011, p. 372, note G. COUTURIER ; *ibid.* 2012, p. 995, étude B. GAURIAU ; *RDT* 2011, p. 168, étude F. GEA ; *ibid.* 285, Controverse L. DRAI et C. PARES ; *Bull. Joly* 2012, p. 168, n° 75, note G. LOISEAU ; *JCP S* 2012, 1052, note P. MORVAN

Cass. com., 29 mars 2011, n° 10-11.027 ; *Rev. sociétés* 2011. 416, note I. RIASSETT

Cass. soc. 22 juin 2011, n° 09-69.021, *RDT* 2011. 634, obs. G. AUZERO ; *D.* 2012. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA

Cass. Soc., 28 sept. 2011, n° 10-12.278, *D.* 2012. 901, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; *Bull. Joly* 2012, n° 15, p. 59, note N. MORELLI ; *JCP S* 2011, 1548, note H. GUYOT

Cass. com. 4. oct. 2011, n° 09-162.93, *BJS* 2012, p. 19 note I. PARACHKEVOVA

Cass. com. 11 oct. 2011, n°10-20423

Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049, *Dr. sociétés* 2012, comm. 24, note M. ROUSSILLE ; *JCP E* 2011, 1893, note A. COURET et B. DONDERO ; *Contrats, conc. consom.* 2012, comm. 41, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 112, § 116, note H. Le NABASQUE ; *Gaz. Pal.* 11 févr. 2012, p. 19, note B. SAINTOURENS ; *Rev. sociétés* 2012, p. 292, note L. GODON ; *D.* 2012, p. 134, note T. FAVARIO ; *RTD com.* 2012, p. 134, note A. CONSTANTIN

Cass. soc. 30 nov. 2011, n° 10-22.964, *D.* 2011, p. 3004; *ibid.* 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* 2331, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *Dr. soc.* 2012, p. 140, note A. DEVERS

Cass. com. 10 janv. 2012, n° 10-28067, *Rev. proc. Coll.* 2012, n°211, p. 70, obs. A. MARTIN-SERF.

Cass. 3e civ. 11 janv. 2012, n° 10-20.633

Cass. com. 3 avr. 2012, n° 11-15.671, *Dr. sociétés* 2012, comm. 117, note R. MORTIER.

Cass. com. 12 juin 2012, n°11-16109, *Rev. sociétés* 2013, p. 95, note C. TABOUROT-HYEST ; *Dr. Sociétés* 2015 n°4, com. 63, note R. MORTIER ; *RDC* 2012 p 1190, note Y.-M. LAITHIER ; *LPA* 4 mars 2013 p. 16, obs. A. DANIS-FATÔME

Cass. com. 10 juill. 2012, n°11-18973, *Rev. proc. coll.* Janv. 2013, n°2, p. 27, obs. B. SAINTOURENS

Cass. Soc. 12 sept. 2012, n° 11-12.343, *LPA* 15 nov. 2012, p. 3, note G. TEBOUL

Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-14.407; *Dr. sociétés* 2013, comm. 102, note M. ROUSSILLE ; *JCP G* 2013, 640, note R. MORTIER ; *JCP E* 2013, 1258, note R. MORTIER ; *D.* 2013, p. 1172, obs. M. PIETTON ; *Rev. sociétés* 2013, p. 358, note S. PREVOST

Cass. com., 8 oct. 2013, no 12-25.192, *Rev. sociétés* 2014. 313, note M. SCHLUMBERGER

Cass. com., 15 oct. 2013, n° 12-24.389, *Rev. sociétés* 2014, p. 253, note R. NOIROT, *Dr. sociétés* 2014, comm. 131, note J.-P. LEGROS

Cass. civ. 3^{ème}, 3 décembre 2013, n°12-22.118, *Rev. sociétés* 2014, p. 569, note B. LECOURT

- Cass. com. 18 févr. 2014, n°12-29752, *Bull. Civ. IV*, n°40 ; *D.* 2014, p. 764, n. T. FAVARIO ; *RDC* 2014, p. 372, n. G. VINEY ; *JCP E*, 2014, p. 1160, n. B. DONDERO ; *Gaz. Pal.*, 16 avr. 2014, n°107, p. 1141, N. BLANC ; *BJS*, 2014, p. 382, obs. B. FAGES ; *Lettre CREDA-Sociétés*, mars 2014, n. J. CHACORNAC
- Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-15.208 2 juill. 2014, n° 13-15.208, *D.* 2014. 1502, 2147, obs. F.-X. LUCAS, et 2015. 829, obs. P. LOKIEC ; *Rev. sociétés* 2014. 709, note A. COURET et M.-P. SCHRAMM ; *RDT* 2014. 625, obs. M. KOCHER ; *Rev. crit. DIP* 2015. 594, note F. JAULT-SESEK ; v. aussi J.-F. CESARO et E. PESKINE, « Le co-emploi sur la sellette », *RDT* 2014. 661
- Cass. com., 9 déc. 2014, n° 13-26298, *BJS* 2015, p. 134 ; *RDI* 2015, p. 84, P. DESSUEL.
- Cass. com. 3 févr. 2015 n°13-24895, *JCP E* 2015, n°14, comm. 1159, note B. DONDERO ; *D.* 2015 p. 374 et 2411 note F. LAMAZEROLLES
- Cass. com. 10 mars 2015, n° 12-15.505, *D.* 2015. Actu. 678, obs. A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2015, p. 406, obs. L.C. HENRY ; *ibid.* 468, note D. PORACCHIA ; *JCP E* 2015. 1261, note B. DONDERO ; *Act. proc. coll.* 2015, n° 107, obs. J. VALLANSAN ; *Gaz. Pal.* 8-12 mai 2015, p. 14, obs. ZATTARA-GROS ; *RLDA* mai 2015. 18, obs. VOINOT ; *Dr. sociétés* 2015, n° 117, note J.-P. LEGROS ; *RJDA* 2015, n° 452 ; *LPA* 11 juin 2015, note E. GARAUD ; *Bull. Joly* 2015, p. 244, note I. PARACHKEVOVA ; *Act. proc. coll.* 2015, comm. 107, obs. J. VALLANSAN ; *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 187, note A. MARTIN-SERF ; *Dr. & patr.* sept. 2015, n° 250, p. 98, obs. M.-H. MONSERIE-BON ; *LEDEN* avr. 2015, n° 56, obs. P. RUBELLIN
- Cass. com. 12 mai 2015, n°13-28.504 et 14-11.028, *BJS* 2015, p. 650 n. R. MORTIER ; *Rev. sociétés* 2015, p. 515 n. A. VIANDIER ; *JCP E* 2016, n°1036, n°5, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER *D.* 2015, p. 1096, note J.-C. HALLOUIN
- Cass. Soc. 23 sept. 2015, n° 14-16.538, *Bull. Joly Sociétés* 2015, p. 631, obs. G. AUZERRO
- Cass. com., 13 oct. 2015, n° 14-15.755 ; *Rev. proc. coll.* 2016, n° 3, p. 45, note A. MARTIN-SERF ; *BJS* 2016, p.157, note J. HEINICH
- Cass. com., 10 nov. 2015, n° 14-18179, *BJS* 2016, p. 28 note S. MESSAÏ-BAHRI
- Cass. civ. 3^{ème}, 12 novembre 2015 n°14-23716
- Cass. com. 14 juin 2016, n°14-18671 *Droit des sociétés*, déc. 2016, comm. 203, R. MORTIER ; *Revue des sociétés* 2017 p.81, note V. THOMAS ; *BJS* 2016 note J.-P. LEGROS
- Cass. soc. 6 juill. 2016, n° 14-26.541, (aff. *Proma*), *D.* 2016. 1571 ; *ibid.* 2025, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *RDT* 2016. 560, obs. S. VERNAC ; *Bull. Joly* 2016, n° 115, p. 597, note J.-P. LABORDE ; *JCP* 2016. 960, note Y. PAGNERRE
- Cass. soc. 6 juill. 2016, n° 14-27.266 (aff. *Continental*), *D.* 2016, p. 2096, note R. DAMMANN et S. FRANÇOIS ; *ibid.* 2025, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *RDT* 2016. 560, obs. S. VERNAC ; *Bull. Joly entr.* 2016, n° 1132, p. 305 ; *Bull. Joly* 2016, n° 1150, p. 597, note J.-P. LABORDE ; *JCP* 2016, 960, note Y. PAGNERRE ; *JCP S* 2016. 1317, étude G. LOISEAU
- Cass. com. 12 juill. 2016, n° 14-23.310, *Revue des sociétés* 2017, p.44, note J. HEINICH
- Com. 18 janv. 2017, n° 14-16.442, inédit, *D.* 2017. 1036, note D. MAZEAUD ; *AJ Contrat* 2017, p. 191, obs. A. LECOURT ; H. BARBIER, « De nouvelles entorses à

la jurisprudence Myr'Ho d'Assemblée plénière du 6 octobre 2006, *RTD civ.* 2017, p. 651

Cass. civ. 3^{ème}, 18 mai 2017, n° 16-11.203, *D.* 2017. 1225, note D. HOUTCIEFF ; *RDI* 2017, p. 349, obs. P. MALINVAUD ; *RTD civ.* 2017. 666, obs. P. JOURDAIN

Cass. 1^{re} civ. 5 juill. 2017, n° 16-13.407

Cass. com. 19 sept. 2018, n°17-17.600, *BJS* 2018, p. 627 n. J.-J. BARBIERI ; *Dr. des sociétés* 2018, n°207, obs. J. HEINICH ; *JCP E* 2019, 1145, n°7, obs. J.-C. PAGNUCCO

Cass. A.P. 13 janvier 2020, n°17-19.963

COURS D'APPEL

CA Rouen le 14 décembre 1807, *Sirey*, 1807, 3, 2, 111

CA Paris, 3^{ème} Ch. 28 fév. 1959, *JCP* 1959 II, 11175, obs. D. BASTIAN ; *S.* 1959, jur., 134, note A. DALSACE ; *D.* 1959, p. 353, note E.N. MARTINE ; *RTD com.* 1960, p. 99, obs. J. RAULT

CA Rennes, 10 mai 1961, *JCP CI* 1962, 70130 ; *RTD com.* 1962, p. 420, n° 1, obs. R. RODIERE

CA Paris, 13 févr. 1964, *RTD com.* 1964. 387, obs. R. HOUIN

CA Amiens, 30 avr. 1975, *RJ com.* 1978, p. 310

CA Rouen, 20 oct. 1983 (*RJ com.* 1985, p. 132, n. F. CHERCHOULY-SICARD ; *D.* 1985, jur., p. 161, n. J.-J. DAIGRE ; *Rev. sociétés* 1984, p. 764, n. M.-N. LEGRAND

CA Rouen, 27 oct. 1983, *DMF* 1984, p. 238

CA Paris 3^{ème} ch. A, 21 févr. 1984, *RTD Com.* 1984, p. 106, n° 11 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE

CA Paris, 3^{ème} ch. B, 20 mars 1986, *Rev. jur. Com.*, 1986, 294, n°1138, note Ch.-H. GALLET ; *Rev. société* 1987, 98, Somm., obs. Y. GUYON

CA Paris, 18 juin 1986, *Bull. Joly* 1986, p 853 §257, obs. P. LE CANNU ; *Rev. Soc.* 1986, p. 422, note Y. GUYON

CA Paris, 17 décembre 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 1, p. 256

CA Montpellier, 7 mai 1987, *Gaz. Pal.* 1988, p. 16, note A. D.

CA Rouen, 13 oct. 1987, *Gaz. Pal.* 1988, p. 15

Poitiers, 9 déc. 1987, *Rev. proc. Coll.*, 1988, p. 346, obs. P. DIDIER

Versailles, 16 déc. 1987, *D.* 1988, Somm. 383 obs. A. HONORAT ; *Rev. des Sociétés* 1987, 434, obs. A. HONORAT

CA Paris, 3^e ch. A, 5 juill. 1988, *Bull. Joly* 1988. 674

CA Grenoble, 14 mai 1992, *JCP E* 1992, pan., p. 267, n°826

CA Paris, 2^{ème} ch. A, 9 nov. 1992, *D.* 1993, IR, 47

CA Paris, 10 sept. 1993, *JCP E* 1994 II, 584, note B. H. DUMORTIER

CA Paris, 3^e ch., 28 sept. 1993, *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 68

CA Paris, 15^e Ch. A., 19 oct. 1994, *Rev. sociétés* 1995, p. 85, note M. PARIENTE

CA Paris, 23^e ch. A, 10 mai 1995 ; *JCP E* 1995, I, 505, n° 1, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN

CA Douai, 2^e ch., 8 février 1996, *RJDA* 1996, n°1476.

CA Lyon 13 nov. 1996, *D.* 1998.250, note Y. REINHARD et R. MICHA-GOUDET ; *RTD Com.* 1998, p. 176 n. B. PETIT et Y. REINHARD

- CA Paris, 13 nov. 1996, *Dr. Sociétés* 1997, com. n° 33, obs. D. VIDAL
CA Paris, 1^{re} ch. A, 22 janvier 1997, *JCP*, éd. G, 1997, II, n° 22971 note R. MARTIN ; *Bull. Joly Sociétés*, 1997, p. 579, § 228, note J.-J. DAIGRE
CA Bourges, 3 juin 1998, *JCP G* 1998, p. 1417
CA Paris, 23 juin 1998, *JCP* 1999, I, 116, n° 4, obs. P. SIMLER et P. DELEBECQUE
CA Caen, 5 janv. 1999, *D.* 2000. Somm. 294, obs. B. MERCADAL ; *JCP* 2000. I. 199, n° 14, obs. G. VINEY ; *JCP* 2000. 215, n° 1, obs. J. ROCHFELD
CA Paris, 28 janv. 1999, *Dr. Des sociétés* 1999, n°90, note T. BONNEAU
CA Paris, 10 sept. 1999, *BJS* 1999, p. 1223, n. L. GODON
CA Versailles, 7 sept. 2000, *BJS* 2000, 1175, n°290 note F. X. LUCAS
CA Aix, 20 sept. 2000, *D.* 2002, 1821, n. R. BESNARD GOUDET
CA Paris, 3^{ème} ch. C, 12 janv. 2001, *Rev sociétés* 2001, p.132
CA Grenoble, 20 mars 2001, *Juris-Data*, n° 151463
CA Aix-en-Provence, 16 mai 2001 ; *RD bancaire et financier*, 2001, n° 192, obs. F.-X. LUCAS ; *RJDA*, 2002/4, p. 353, n° 416 ; *BRDA*, 2002/1, p. 9, n° 7
CA Paris, 3^e ch. C, 21 sept. 2001, n° RG : 1999/00244, *BRDA* 2002, no 6, p. 5, *JCP E* 2002, p. 256, *RJ com.* 2002, p. 218, note M. LUBY, *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 626, note M. MENJUCQ
CA Aix en Provence, 8^{ème} ch. Section A, 17 oct. 2001, *Dr. Des sociétés* 2002, n°114, p. 15
CA Paris 29 mars 2002, *Dr. des sociétés*, juin 2003 p. 10, n° 100, note F.-G. TREBULLE
CA Dijon, 11 mai 2004, *Dr. sociétés* 2004, comm. 166, obs. F.-X. LUCAS
CA Paris, 14 févr. 2006, n° 05/6331, *RJDA* 8-9/06, n° 908, *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 954, note J.-F. BARBIERI, *RTD com.* 2006, p. 428, obs. P. Le CANNU
CA Grenoble, 26 mars 2012 (no 11/02714, SCI Malafate, *BJS* 2012, p. 777, note E. NAUDIN ; *Dr. Sociétés* 2012, n°99, note H. HOVASSE *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 777, § 424, note F.-X. LUCAS
CA Paris, Pôle 05, ch. 09, 23 mars 2017 n° 15/17091
CA Aix en Provence, 11 sept. 2017 n°06690, *RJDA* 7/08 n°855

TRIBUNAUX DE PREMIÈRE INSTANCE

- T. com. Honfleur, 20 nov. 1970 : *D.* 1971, comm. 55 ; *JCP* 1971, II, 16628 ; *Rev. sociétés* 1971, p. 179, note J. HÉMAR
T. com. Vannes, 27 avr. 1973, Hervé c/ Reto, *Gaz. Pal.* 1973, 2, p. 610

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

- CJCE, 27 septembre 1968, Daily Mail, *Rec.*, I, p. 5483
CJCE 14 juillet 1972, Geigy/Commission, aff. C-52/69
CJCE 26 février 1986, Marshall, *Rec CJCE* 1986, I, p. 723

- CJCE 20 sept. 1990, *RTD com.* 1990, p. 390 et s., spéc. p. 405 et s., obs. C. CHAMPAUD
- CJCE 13 nov. 1990. I. 4135, *Marleasing*, *Rev. sociétés* 1991, p. 532, note Y. CHAPUT ; *JCP*, éd. E, 1991. I. 67, no 3, obs. F. SERRAS et 1991. II. 156, note P. LEVEL ; B. SAINTOURENS, « Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la première directive CEE de 1968, interprétée par la CJCE », *Bull. Joly* 1991.123 ; F. LECLERC, « Que reste-t-il des nullités de sociétés en droit français après l'arrêt *Marleasing* ? », *RJ com.* 1992, p. 321.
- CJCE, 23 avr. 1991 *Höfner et Elser*, aff. C- 41/90, *R*, I-1979, concl. av. gén. F.-G. JACOBS
- CJCE, 15 oct. 1992, *D. 1992, inf. rap.*, p. 267
- CJCE, 19 sept. 1995, *Ledernes Hovedorganisation c/ Dansk Arbejdsgiverforening*, aff. C-48/94, *Rec. CJCE*, p. I-2745 ; *D. 1995, IR* p. 219
- CJCE, 16 nov. 1995, *Fédération française des sociétés d'assurances*, C-244/94, *Rec. CJCE*, p. I-4013 ; *D. 1996, Jur.* p. 317
- CJCE, 11 mars 1997, *M^{me} Süzen*, aff. C-13/95, *Rec. CJCE*, p. I-1259 ; *D. 1997, IR* p. 84 ; *Europe*, mai 1997, comm. n° 156
- CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ Italie*, aff. C-35/96, *R* I-3851, concl. av. gén. C.O. LENZ
- CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, *Rec.* , I, p. 459 ; *Bull. Joly Sociétés*, , p. 705, § 157, note J.-Ph. DOM ; *D.* , 1999, *Cah. dr. aff., jur.*, p. 550, note M. MENJUCQ ; *Rev. sociétés* , 1999, p. 386, note G. PARLEANI ; *JCP*, éd. E, 1999, p. 1285, no 3, obs. Y. REINHARD ; *JDI* , 2000, p. 484, obs. M. LUBY
- CJCE, 8 juill. 1999, *Anic*, aff. C-49/92 P ; CJCE 16 nov. 2000 *SCA holding*, aff. C-297/98 P, *Rec.*, 2000, p. I-10101
- Trib. UE, 3 mars 2001, *Areva e.a c. Commission*, aff. T-117/07 et T-121/07
- CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering*, *Bull. Joly Sociétés*, p. 452, § 91, note M. LUBY ; *JCP*, éd. E, 2003, no 448, note M. MENJUCQ ; *Rev. sociétés*, 2003, p. 315, note J.-Ph. DOM ; *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 508, note P. LAGARDE
- CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art Ltd* : *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 1296, § 272, note M. MENJUCQ ; *D.* 2003, p. 2504 ; *JCP*, éd. G, II, no 10002, note M. LUBY ; V. plus généralement L. D'AVOUT obs. sous les arrêts *Daily Mail*, *Centros*, et *Cartesio* in *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, PUF, 3^{ème} éd. 2016, n°60 p. 299 et s.
- CJUE 10 sept. 2009, n° C-97/08 P, *Akzo Nobel e.a. c/ Commission*
- CJUE 1er juill. 2010, n° C-407/08 P, *Knauf Gips c/ Commission*, *Rec. I*, p. 6375
- Trib. UE 7 juin 2011, n° T-206/06, *Total et Elf Aquitaine*, pts 205 à 209, *RTD eur.* 2011. 834, obs. L. IDOT

VI) SOURCES PROFESSIONNELLES ET RAPPORTS

ANSA, « Champ d'application de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : les SAS sont –elles tenues de mettre en place un plan de vigilance ? », avis rendu le 3 mai 2017

- ANSA/MEDEF/AFEP, rapport « Pour un droit moderne des sociétés », oct. 2003
- ANZIANI et BETEILLE, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », *Travaux parlementaires Sénat*, 2008-2009
- R. BARBIER DE LA SERRE (dir.), « L'introduction en France d'actions traçantes », Rapport COB 2000
- P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2005
- C. CHAMPAUD (dir.), « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée, rapport du groupe d'étude chargé d'apprécier la possibilité d'introduire l'EPRL dans le droit français », *RTD. Com.* 1979, p.579
- Comm. C.E., *Livre vert sur l'esprit d'entreprise en Europe*, 21 janv. 2003
- Conseil d'État, « Responsabilité et socialisation du risque », Rapport annuel 2005, EDCE, La Doc. Fr., 2005
- Conseil d'État, « Simplification et qualité du droit », Étude annuelle 2016, La Doc. Fr., 2016
- Cour de cassation, « Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », 15 juin 2007
- Cour de cassation, « Rapport annuel », 2010
- R. DUTREIL, *Livre blanc sur la réforme de la création d'entreprise*, août 2002
- J. GIRAUD (dir.) « Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2018 », 2018
- P.-J. GORNEAU, P. LEGRAS, VITAL-ROUX, *Révision du projet de Code de Commerce, précédée de l'analyse raisonnée des observations du tribunal de cassation, des tribunaux et conseils de commerce*, Paris, Imprimerie de la république, an IX
- C. LEPAGE (dir.), rapport remis au ministère du développement durable le 15 juin 2015
- Y. MANSION et *alii* « Rapport sur les opérations de prêt emprunt de titres en période d'assemblée générale d'actionnaires », janv. 2008
- P. MARINI (dir.) « Rapport sur la modernisation du droit des sociétés » remis au Premier Ministre en juillet 1996
- MEDEF, « Les actions de préférence : Propositions du Medef pour une modernisation du droit des valeurs mobilières », Rapport du Mouvement des entreprises de France (Medef), juin 2001
- J.-P. METIVET, « Les articles 52 alinéa 1er et 244 de la loi du 24 juillet et la responsabilité du dirigeant social envers les tiers », *Rapp. C. cass.* pour 1998, p. 114
- Observatoire des SARL « initiative économique », *Bilan de l'année 2005*, Études du greffe du Tribunal de commerce de Paris
- D. POTIER, Rapport Ass. Nat. n° 2578 sur la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, 11 mars 2015
- V. SCHMITE, M. VALIERGUE, P. VICTORIA, (dir.) « Entreprises engagées. Comment concilier l'entreprise et les citoyens », Rapport de la fondation Jean Jaurès publié le 13 février 2018
- M. SÉNARD et J.-D. NOTAT (dir.) « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », rapport remis en conseil des ministres le 9 mars 2018
- P. SUDREAU (dir.), *Rapport du comité de réforme de l'entreprise*, éd. 10-18, 1975

Rapport du groupe de travail du Ministère de l'économie, des finances et du budget, décembre 1992 in *Risques*, oct.-déc. 1992, n°12, p. 29

J. WINTER (dir.) « Un cadre règlementaire moderniser pour le droit européen des sociétés », Rapport du groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés présenté à la Commission Européenne le 4 novembre 2002 :

« Les cinq premières années des nouvelles entreprises », *Insee Première*, n°815, décembre 2001, Les notes bleues de Bercy, n°242-243, déc 2002

Étude d'impact dans le cadre du projet de loi relatif à l'EIRL, 2010 : <http://www.assembleenationale.fr/13/pdf/projets/pl2265-ei.pdf>

Projet de réforme du droit de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017, par J.-J. URVOAS, garde des sceaux

Étude d'impact, *Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, 20 juin 2018

VII) ARTICLES DE PRESSE ET DIVERS

M. ALCAZAR, « Le capital hybride : un nouveau marché en plein essor sur le Vieux Continent », *Les échos*, 2 janvier 2006, p. 26

B. ATTALI, F. FAURE et P. FERRACCI, « Pour une nouvelle alliance entre capital financier et humain », *Les Échos*, 4 et 5 août 2017

E. BARTHET et A. TONNELIER, « Le gouvernement présente son projet de loi Pacte censé faciliter la croissance des entreprises », *Le Monde*, 12 juin 2018

A. BLOCH, "Objet social de l'entreprise : la pérennité d'abord !", *Les Échos*, 2 mars 2018

T. CHENEL, « Google échappe à un redressement fiscal en France », *Les Échos*, 13 juillet 2017

O. DE GUERRE « Il ne faut pas lier la question de la gouvernance des entreprises à celle de l'intérêt général », *Le Monde*, 13 févr. 2002

J.-P. DUPUY, « L'argent et la corruption des valeurs », *Esprit*, Juil.- août 2019, p. 143

G. ERNER, *Les Matins*, émission du 15 mai 2018, « Dividendes : le fonctionnement d'une entreprise peut-il être démocratique ? » France Culture

H. GARDETTE, *Du grain à moudre*, émission du 14 mai 2018, « Les entreprises peuvent-elles se contenter de faire du profit ? », France Culture

O. GESBERT, *La grande table des idées*, émission du 10 septembre 2019, France Culture

G. LAUTNER, *Les Tontons flingueurs*, Gaumont 1963, dialogue de M. AUDIARD

N. SARKOZY, « Restitution des conclusions du Grenelle de l'environnement, discours du président de la République, M. Nicolas Sarkozy » <https://www.diplomatie.gouv.fr/sites/odyssee-developpement-durable/files/26/e001988.pdf>

B. SEGRESTIN et A. HATCHUEL, "Développer l'entreprise à partir d'une "raison d'être" », *Le Monde*, 30 mars 2018

A. SUPIOT, « Du travail à l'emploi, la redéfinition de la démocratie économique » (2016-2017), cours du 13 janv. 2017 au Collège de France dans le cadre de la chaire « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités (2012-2019) », à paraître. (Diffusé sur France Culture le 16 janvier 2019 in *Les cours du collège de France* par M. MONEGHETTI et disponible sur internet : <https://www.franceculture.fr/emissions/les-cours-du-college-de-france/figures-juridiques-de-la-democratie-89-du-travail-a-lemploi-la-redefinition-de-la-democratie>)

D. TRICOT, « Faut-il croire la Cour de cassation ? », *Les Échos*, 13 juin 2007, p. 13

Tribune collective, « Pour une nouvelle définition de l'entreprise, comme collectif humain créateur de richesses », *Le Monde économie* 29 mars 2017 ;

Tribune collective, « Plaidoyer en faveur une économie de marché responsable », *Le Monde*, 17 nov. 2016, Débats et analyses, p. 23

« Apple va verser des dividendes à ses actionnaires », *Le Monde.fr* du 19 mars 2012 : https://www.lemonde.fr/technologies/article/2012/03/19/apple-va-verser-des-dividendes-a-ses-actionnaires_1672208_651865.html

Tribune collective, « Face à l'écologie, la rébellion est nécessaire », *Le Monde* du 21 février 2020, p. 22

Index

- A-
- Action :
- De jouissance : 283
 - Gratuite : 282
 - Sans droit de vote : 309
 - Traçante : 347
- Action oblique : 748
- Activité libérale : 533 et s.
- Affectation :
- Des utilités des biens apportés : 592
 - De la valeur des biens apportés : 593 et s.
 - Patrimoine d'affectation : 68 ; 598
- Affectio societatis* :
- Égalité : 314 et s.
 - Collaboration : 299s ; 319 et s.
 - Jus fraternitatis : 294 et s.
- Aléa social : 325 ; 347
- Apport : 274 et s. ; 717 et s.
- Apport-donation : 507 et s.
 - Apport en industrie : 328
 - Apport en jouissance : 339 et s.
 - Mesure de la responsabilité des associés : 278 ; 591 et s.
 - Sincérité : 365 ; 717 et s.
- B-
- Symbolique : 286 ; 589 et s.
- Associé :
- Bailleur de fonds : 300 ; 304s
 - Droit de vote : 136 ; 299
 - Égalité : 314 et s.
 - Irresponsabilité : 585
 - Responsabilité de principe : 129 et s.
- Assurance :
- Assurance crédit : 794
 - Faillite : 784 et s.
- Bénéfices :
- Bénéfices d'exercice 551 et s. ; 799
 - o caractère irrépétibile : 565 et s.
 - o dividendes fictifs 577
 - Vocation aux bénéfices :
 - o Associé : 126 ; 325
 - o et espoir de gain : 510
 - o Porteurs d'actions de groupe : 347
- C-

Capital d'engagement : 721

Capital social :

- Amortissement : 283
- Garantie des créanciers : 726 et s.
- Ignorance : 615 et s.
- Indifférence : 618 et s.
- Montant minimal 284 ; 729
- Sous-capitalisation :
 - o Voies alternatives de financement : 602 et s.
 - o Intérêts des créanciers puissants : 620 et s.

Co-emploi : 651

Collaboration :

V° affectio societatis

Commanditaire :

- Prêteur : 165 et s.
- Associé : 190
- Immixtion dans la gestion : 182 ; 764 et s.

Commandite :

- Évolution : 165
- Avantages : 756 et s.

Compétitivité du droit : 252 et s. ; 669

Concurrence :

- Concurrence des ordres juridiques : 252

- Imputation des actes anticoncurrentiels de la filiale : 648 ; 706

Contribution aux pertes : 324 et s.

- Apport en industrie : 330 et s.
- Apport en jouissance : 339 et s.

Contrôle a priori : 363 et s.

- Sincérité des apports : 364 et s.
- Ambition entrepreneuriale : 543 et s.
- Viabilité économique : 776 et s.

Croissance économique : 238 et s. ; 247 et s.

-D-

Devoir de vigilance : 643 et s.

Dirigeant :

- Action en responsabilité pour insuffisance d'actif : 743s
- Faute de gestion : 640 et s. ; 745s

Dividendes :

V° Bénéfices d'exercice

Donation :

V° Apport-donation

Droit de gage général : 13s, 61s. ; 680s.

Droit de vote : 309

Droits subjectifs : 42 et s. ; 61 et s.

-E-

Égalité :

- Des associés : 314 et s.
 - o Diversité de statuts : 323
- Des créanciers : 692 et s. ; 759

E.I.R.L : 21 ; 68 ; 157 ; 598 ; 623, 786

- EPRL : 787

Entreprise : 581

- Condition d'application des SSPRL : 527s ; 704 et s.
 - o Contrôle et sanction : 542
- Définition : 470 et s.
 - o Activité : 471
 - o Autonomie : 476
- Doctrines de l'entreprise : 444 et s.
- Droit de la concurrence : 529 ; 647 et s. ; 706
- Fictivité des sociétés : 489 et s.
- Incitation à l'entrepreneuriat : 158 ; 228 ; 237 et s. ; 247 et s. ; 572
- Liens avec la société : 436 ; 482 ; 588 et s.
- Personne morale : 448
- Ventilée en plusieurs structures juridiques 625 et s. ; 705 et s.
 - o Justifications : 633

-F-

Fictivité : 400 s ; 488 et s. ; 506 et s.

- Fraude : 410

- Inexistence : 401

- Inopposabilité : 404

Fiducie : 127 et s. ; 131

Filiale :

- V° Groupe de sociétés

Fraude :

V° Fictivité

-G-

Garanties conventionnelles :

V° sûretés

Groupe de sociétés : 632, 636 et s., 642, 644, 663

-I-

Inexistence : 401

Inopposabilité : 404

Intérêt social : 91 ; 319 ; 420 ; 449 ; 631

-L-

Law shopping : 252 ; 815

V° compétitivité du droit

Liberté contractuelle : 517 ; 690 et s. ; 742

Limitation de responsabilité :

- Excessive : 585 et s. ; 597 et s. ; 627 et s. ; 655 et s. ; 677 et s. ; 683 et s.

- Illusoire : 696 et s. ; 742 ; 743 et s.
- Justifications : 236 et s.

-N-

Nullité :

- Clauses réputées non écrites : 389 et s.
- Des souscriptions individuelles : 396 et s.
- Des SSPRL
 - o Causes de nullité : 356 et s.
 - o Rétroactivité : 375 et s.

-O-

Objet social :

- Capacité de la structure : 90 et s.
- Commercialité : 524 et s.

Obligation : 61 et s. ; 148

Organisme de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) : 69

-P-

Patrimoine d'affectation : 68

Personne morale :

- Capacité : 90 et s.
- Concept de la science du droit : 42 et s. ; 66 et s.

- Nullité : 351 et s.

- Répercussion sur les membres : 59 et s.

- Représentation : 61s ; 94 et s.

Pertes sociales :

V° contribution aux pertes

Pollution :

- Obligation de remise en état des sites pollués : 642

Possession acquisitive : 574 et s.

Prescription : 350 ; 367 et s. ; 409

Prêt : 299 et s.

Procédure collective :

- Confusion de patrimoine : 422

- Fictivité : 417 et s.

Publicité : 143 ; 383 ; 427

-Q-

Quod nullum est, nullum prouducit effectum : 351 et s.

-R-

Responsabilité :

- Dirigeant : 743 et s.

- Fondateurs et primo dirigeants : 393 et s.

- Liberté de détermination : 656 *V° Affecta*

- Limitation conventionnelle de responsabilité : 143 et s.

- Structurelle de l'associé : 74 et s.

Richesses :

<i>V. Théorie du patrimoine</i>	Structures unipersonnelles : 311 ; 421 ;
- Apport : 275 et s. ; 596 et s.	447 ; 769 ; 790
- Bénéfices : 126 ; 325	Sûretés : 620 ; 689 et s. ; 696 742 et s.
-S-	-T-
SICAV :	Théorie du patrimoine :
V. OPCVM	<i>V° Droit de gage général</i>
Société :	-V-
- Disparition des critères : 272s.	Vigilance :
- Entreprise : 436 ; 482 ; 588 et s.	<i>V° devoir de vigilance</i>
- Théorie de l'institution : 270	Vote :
<i>Stakeholder theory</i> : 450	<i>V° droit de vote</i>

<i>Introduction</i>	<i>1</i>
§1. Le bénéfice de la torpeur	1
§2. Les impératifs portés par la théorie d'Aubry et Rau.	7
A. L'unicité du patrimoine, un principe directeur majeur	8
1. La richesse matérielle pour levier d'action essentiel du droit privé	8
2. L'impérativité de l'unicité et de l'unicité du patrimoine pour corollaire	13
B. Prolongement des principes qui commandent l'unicité du patrimoine à l'unicité de la personne	16
<i>PARTIE 1 - UNE MESURE DE POLITIQUE ÉCONOMIQUE EN FRANCHE RUPTURE AVEC LA LOGIQUE JURIDIQUE</i>	<i>20</i>
<i>TITRE 1 - UNE MESURE INCONCILIABLE AVEC LES PRINCIPES CARDINAUX DU SYSTEME JURIDIQUE</i>	<i>21</i>
Chapitre 1 - La personnalité morale des sociétés personnifiées : outil conceptuel porteur de données normatives destinées aux individus	22
Section 1 - La nature de la personne morale dégagée de sa définition chimérique	26
Sous-section 1 - Le paradoxe de l'attribution de droits et d'obligations à la personne morale	26
§1. Présentation usuelle de la notion	27
§2. Le paradoxe de sa définition	28
Sous-section 2 - Réconciliation des termes du paradoxe apparent	34
§1. Dualité d'acceptions de la notion de droit et d'obligation – le droit subjectif concept de la science du droit porteur de données juridiques	35
§2. Résolution du paradoxe : le phénomène d'une combinaison de concepts	38
Section 2 - La nature de la personne morale dégagée de l'étude de son fonctionnement	42
Sous-section 1 - Le traitement juridique de la personne morale, conséquence d'agissements humains	43
§1. L'imputation des comportements humains à la personne morale	43
§2. La personne morale, concept porteur d'un régime juridique dérogatoire – amorce d'analyse	46
Sous-section 2 - La régulation des activités humaines par l'intermédiaire du traitement juridique de la personne morale	51
§1. Analyse du mécanisme de répercussion des effets imputés à la personne morale sur les membres de celle-ci	52
A. La répercussion du traitement juridique de la personne morale sur ses membres : illustration	52

B. La répercussion du traitement juridique de la personne morale sur ses membres, description du mécanisme	55
§2. Compréhension du mécanisme au travers de l'étude de son application	57
Section 3 - La personne morale comme concept fongible de représentation du Droit	61
Chapitre 2 - La responsabilité de l'associé pour les dettes sociales, fondements et justifications	71
Section 1 - Ce dont une dette sociale est le nom	75
Sous Section 1 - L'existence de la personnalité morale adossée à un but spécifique	76
§1. La spécialisation des structures personnifiées en considération de leur but catégoriel – Le principe de spécialité légale	77
§2. L'exigence de détermination de l'objet auquel la personne morale est affectée par voie statutaire	82
Sous-Section 2 - La poursuite de l'objet social pour cause finale des dettes sociales	86
§1. La réalisation du principe de spécialité par le mécanisme de représentation de la société personnifiée	90
§2. La réalisation du principe de spécialité par les mécanismes d'imputations à la personne morale de faits juridiques	95
§3. L'affectation des biens et des droits de la personne morale à la poursuite de son objet social	112
Section 2 - La responsabilité de principe de l'associé pour les dettes sociales en tant que réalisateur et bénéficiaire de l'activité sociale	117
Sous-section 1 – Fondements de la responsabilité structurelle des associés	118
§1. Les prérogatives structurelles de l'associé	118
§2. Confrontation de la position de l'associé de SSPRL aux grands courants d'imputation de charges et de risques	122
Sous-section 2 - Limites tenant à la diversité des figures d'associés et à la liberté contractuelle	126
§1 La figure des actionnaires désintéressés de la marche sociale	127
§2. La figure des actionnaires dépourvus de droit de vote	129
Sous-Section 3 - Mise en perspective de la limitation de responsabilité de l'associé avec les aménagements conventionnels de responsabilité	132
§1 Exposé de la proposition tenant à fonder la légitimité du régime de SSPRL sur la validité des aménagements conventionnels de responsabilité	132
§2. Rejet de la proposition et enseignements à tirer de la comparaison avec le mécanisme de limitation conventionnelle	133
A. L'indifférence du consentement de celui à qui la limitation de responsabilité est opposée	134
B. L'absence d'encadrement et de garde-fous de la mesure de limitation de responsabilité des associés révélée par contraste	136

Conclusion de Chapitre	138
TITRE 2 - GENÈSE ET IDENTIFICATION DES JUSTIFICATIONS ÉCONOMIQUES MODERNES DE LA MESURE	140
Chapitre 1 - Genèse du mécanisme de limitation de la responsabilité de l'associé et de ses justifications	145
Section 1 - Du prêteur à l'associé : genèse de la limitation de la responsabilité du commanditaire	147
Sous-section 1 - Les origines de bailleur de fonds du commanditaire	148
§1. Le commendator de la commande médiévale, aïeul du commanditaire	148
§2. Le prêt maritime ancêtre de la commande ?	153
Sous-Section 2 - L'émergence du phénomène de limitation de la responsabilité de l'associé par l'affirmation de la qualité d'associé du commanditaire	157
§1. L'évolution du rôle du commanditaire : l'immixtion dans la direction de l'entreprise, amorce d'une rupture avec les justifications originelles (fin XII ^{ème} - XVII ^{ème} siècles)	158
§2. L'affirmation de la qualité d'associé du commanditaire par l'admission d'une action directe au profit des créanciers sociaux	162
Section 2 – La mutation des justifications sous l'effet du développement anarchique de la limitation de la responsabilité de l'associé hors de la commandite	168
Sous-Section 1 - La limitation de la responsabilité des actionnaires des sociétés de capitaux du XVIII ^{ème} siècle : une rupture consommée avec les justifications initiales	169
§1. L'essor de la limitation de la responsabilité des actionnaires des grandes sociétés de capitaux à la fin du XVIII ^{ème} siècle	169
§2. La rupture définitive du phénomène avec ses justifications primitives	173
A. L'insuffisance des principes de droit privé à justifier la limitation de la responsabilité de l'actionnaire	173
B. La fiction de la personnalité morale comme ersatz de justification théorique d'un régime commandé par des considérations de politique économique	175
Sous-Section 2 - L'émergence de justifications nouvelles et l'extension du champ des bénéficiaires du régime	179
§1. La volonté de drainer l'épargne publique vers les grandes entreprises naissantes : objectif de politique économique justifiant les dérogations au droit commun	179
A. L'affirmation d'un objectif de politique économique assumé	180
B. Le cantonnement effectif de ce régime à des hypothèses exceptionnelles	182
§2. De l'actionnaire financier à l'actionnaire entrepreneur – L'émergence d'une justification nouvelle	184
Conclusion de section	188
Conclusion de chapitre	190

Chapitre 2 - Les justifications modernes du mécanisme de limitation de responsabilité des associés	192
Section 1 - Les transformations du droit des sociétés : un outil au service de la croissance	193
Sous-section 1 - Le constat d'une instrumentalisation du droit des sociétés	193
Sous-section 2 - Les causes de cet instrumentalisation du droit : la croissance économique pour objectif politique majeur	197
Section 2 - L'élaboration d'un régime de faveur aux entreprises privées et à leurs instigateurs	199
Sous-section 1 - L'entreprise privée vecteur de croissance	200
Sous-section 2 - L'adoption de régimes de faveurs pour l'entreprise et ses instigateurs	202
Sous-section 3 - La concurrence des ordres normatifs	203
Conclusion de chapitre	207
Conclusion de la première partie	208
<i>PARTIE 2 - UN MÉCANISME À LA DÉRIVE</i>	209
TITRE 1 - L'ERRANCE DU CHAMP D'APPLICATION	211
Chapitre 1 - Le concept de société, outil de bornage illusoire du champ d'application des structures à risque limité	215
Section 1 - La disparition des critères du contrat de société	219
Sous-Section 1 - L'apport	220
§ 1. Importance et fondements de l'exigence d'apport dans le contrat de société	220
§ 2. L'éloignement du droit positif des SSPRL de l'exigence d'apport	224
A. Aperçu de quelques pans spécifiques de régime de SSPRL désavouant la nécessité d'un apport	224
B. Les conséquences de la suppression de l'exigence de capital social minimal :	227
Sous-Section 2 - L'affectio societatis	234
§1. L'affectio societatis entendu comme jus fraternitatis	236
A. Le jus fraternitatis de l'associé	238
B. L'indifférence de l'actionnaire	239
§2. L'affectio societatis appréhendé à travers ses différentes composantes	241
A. La collaboration	242
1. La pertinence de ce critère dans le cadre du contrat de société	243
2. Le défaut de pertinence du critère en SSPRL	247
a. La figure des actionnaires à l'esprit de « bailleurs de fonds »	248
b. La consécration légale du phénomène	253
B. L'égalité	256
1. La place de l'égalité dans le contrat de société	258
2. L'inégalité en SSPRL	260
Sous-section 3 - La vocation aux résultats sociaux	266

§1. L'incertaine vocation à supporter les pertes de l'apporteur en industrie en SSPRL	270
A. La question de l'appauvrissement de l'apporteur en industrie en cas de pertes sociales	271
B. La question de la corrélation de la perte de l'apporteur industriel avec les pertes sociales	273
C. La question de la transposition du raisonnement à l'apporteur en jouissance	278
§2. L'incertaine vocation aux bénéficiaires des porteurs d'actions de groupe	283
Conclusion de section	287
Section 2 - L'altération des sanctions	288
Sous-section 1 - L'affaiblissement de la nullité, gardien naturel du champ d'application de la société	288
§1. Les obstacles au prononcé de la nullité	292
A. La réduction drastique des causes de nullité	293
1. Les réformes restreignant les causes de nullité	293
2. La portée de la directive européenne	297
3. Le défaut de contrôle a priori	301
B. Le strict encadrement de l'action en nullité	303
§2. L'atténuation des effets de la nullité	307
A. Le caractère essentiel de la rétroactivité	308
1. La rétroactivité de la nullité conséquence logique du défaut de validité ab initio de l'acte	308
2. Le caractère rétroactif de la nullité, biais d'effectivité des normes	311
B. Le choix d'exclure la rétroactivité de la nullité des structures sociales personnifiées	312
Sous-section 2 – L'insuffisance des sanctions subsidiaires	316
§1. Quelques sanctions subsidiaires des exigences du contrat de société	317
A. La clause réputée non écrite	318
B. La mise en œuvre de la responsabilité des fondateurs et primo dirigeants	320
C. La nullité des souscriptions individuelles	322
§2. Les sanctions de la fictivité	325
A. La sanction de la fictivité en dehors de l'hypothèse de procédure collective	326
1. Le rejet de la sanction de l'inexistence	327
2. La prétendue inopposabilité des sociétés fictives	329
a. Le maintien apparent de l'inopposabilité comme sanction de la fictivité	330
b. Une sanction de la fraude davantage que de la fictivité	332
B. La sanction de la fictivité en procédure collective	339
Conclusion de section	347
Conclusion de chapitre	348

Chapitre 2 - Le concept d'entreprise, outil de bornage alternatif possible du champ d'application des structures à risque limité	351
Section 1 - L'entreprise, concept explicatif majeur du droit des structures à risque limité	354
Sous-section 1 - L'étroitesse des liens entretenus par les notions d'entreprise et de société	354
§1. Le constat d'une assimilation courante	354
§2. Les doctrines de l'entreprise	361
A. L'entreprise comme finalité des structures sociales personnifiées	364
B. L'entreprise comme personne morale naissante	366
C. La portée des théories de l'entreprise	368
Sous-section 2 - La tentation d'une indexation effective de la SSPRL sur l'entreprise	370
§1. L'indexation de la structure personnalisée sur l'entreprise comme conséquence des théories de l'entreprise	371
A. Enseignements à tirer de la doctrine de l'École de Rennes	371
B. Enseignements à tirer de la démonstration de M. Despax	375
§2. Les obstacles à une telle indexation	378
A. Les objections d'ordre méthodologique	378
1. L'écueil de l'adaptation du droit au fait	378
2. La contrariété aux souhaits de la pratique	380
B. Les obstacles tenant aux difficultés de définition de l'entreprise	382
1. Présentation de l'objection et remarques méthodologiques	382
2. Les éléments de définition de l'entreprise	385
a. Le recours à la notion d'activité économique	386
b. Le recours à l'idée d'autonomie	391
Section 2 - L'entreprise, concept positif mineur du droit des structures à risque limité	394
Sous-section 1 - L'incapacité des notions générales du droit des sociétés à réaliser l'approche fonctionnelle fondée sur la notion d'entreprise	395
§1. La portée mineure de l'intégration de la notion d'entreprise au sein de la définition légale de la société	395
§2 Le faible impact des théories de l'entreprise révélé par l'étude de la fictivité	400
A. La notion de fictivité, couteau suisse révélateur des conceptions spontanées des structures sociales personnalisées	400
B. La place de l'entreprise dans la caractérisation de la fictivité d'une SSPRL	402
1. La place de l'entreprise dans les conceptions jurisprudentielles de la fictivité	404
a. La prise en compte de la ventilation d'une entreprise unique en une pluralité de structures dans le cadre des procédures collectives	404
b. La prise en considération du défaut d'activité dans le cadre de la recherche de la fictivité d'une structure	409

2. Le peu d'attachement de la doctrine à la finalité organisationnelle des structures personnifiées illustré par la défense de l'apport-donation	412
Sous section 2 - L'échelon inférieur du droit des structures à risque limité pour cadre pertinent de réalisation d'une approche fonctionnelle	420
§1. La tendance générale à une altération des types sociétaires sous l'influence de la liberté contractuelle	421
§2. L'impérieux cantonnement du bénéfice des SSPRL aux activités entrepreneuriales	426
A. Le défaut d'exigence originel d'objet commercial des sociétés à risque limité	427
B. L'érection de l'entreprise en condition d'accès aux SSPRL	431
1. La notion d'entreprise comme condition d'accès aux SSPRL	431
a. Un concept suffisamment précis et juridiquement opératoire	431
b. L'adaptation de la notion aux finalités de son utilisation	434
2. Contrôle et sanction de l'exigence d'entreprise	441
Conclusion de chapitre	446
TITRE 2 – LES ERREMENTS DU RÉGIME	448
Chapitre 1 - Les déséquilibres du régime, facteurs d'irresponsabilité	449
Section 1 - L'incongrue distribution définitive de bénéfices d'exercice provisoires facteur d'irresponsabilité	450
Sous section 1 - L'incongruité d'un système de faveur	451
§1. Le principe d'une distribution des bénéfices sociaux en cours d'activité	451
A. La distribution régulière des bénéfices d'exercice, une pratique contemporaine dépourvue de nécessité	452
B. Une fiction au service d'une pratique illogique	453
1. L'illogisme structurel de la pratique de distribution des bénéfices d'exercice	454
2. L'objectif d'incitation à l'entrepreneuriat pour justification de ce déséquilibre	460
§2. Le caractère irrépétible des sommes distribuées	461
A. Le triomphe d'une solution illogique	462
B. Une solution de faveur justifiée par les retombées économiques attendues	465
1. La faveur à l'entrepreneuriat, véritable justification de la satisfaction d'une attente peu légitime	466
2. Diverses justifications inopérantes parfois avancées	468
Sous-section 2 - Les conséquences de ce système de faveur	471
§1. Le sacrifice de l'entreprise et des créanciers sociaux	471
A. Le sacrifice de l'entreprise	472
B. Le sacrifice des créanciers	474
§2. L'irresponsabilité de l'associé	475
Conclusion de section	476

Section 2 - L'organisation de la décorrélation entre la société et l'entreprise sous-jacente	477
Sous-Section 1 - La rupture de la corrélation primitive entre l'affectation des utilités des biens et l'affectation de leur richesse à l'activité sociale	478
§ 1. La logique initiale de la limitation de la responsabilité des associés à la perte de leurs apports	480
§2. La rupture d'avec la logique initiale	485
§3 Les avantages tirés d'un financement de l'activité par les voies alternatives au capital social	489
A. Les avantages d'une sous-capitalisation compensée par l'emprunt du point de vue de la responsabilité des associés	491
B. Les éventuels obstacles à la stratégie de contournement de l'apport	494
1. Les obstacles et inconvénients de nature strictement juridique	494
2. Les mesures fiscales de lutte contre la sous-capitalisation	496
3. Les inconvénients d'ordre économique	499
a. Le risque d'un ostracisme économique	500
b. Relativisation du risque	501
i. La fréquente ignorance du montant de capital social	501
ii. L'indifférence de certains agents vis-à-vis de la sous-capitalisation	503
iii. L'intérêt des créanciers puissants à une sous-capitalisation	504
Sous-section 2 - La fragmentation de l'entreprise, technique de limitation des risques	510
§1. Exposé du principe de ce phénomène et des circonstances de son émergence	510
A. Exposé du principe	511
B. L'émergence de cette pratique et les réactions suscitées	517
§2. Les tempéraments et obstacles marginaux à la fragmentation patrimoniale de l'entreprise	519
A. Les réactions du droit positif fondées sur un fonctionnement défectueux de la personne morale	522
B. Le fondement de la faute utile à la mise en cause de structures liées	523
1. Faute de gestion et action en responsabilité pour insuffisance d'actif	524
2. Obligation de remise en état des sites pollués	525
3. Devoir de vigilance	526
C. Quelques aspects de droit spécial susceptibles de contrarier à la marge la stratégie de fragmentation de l'entreprise	529
1. L'imputabilité des actes anticoncurrentiels de la filiale à la société mère	531
2. La notion de co-emploi en droit du travail	534
§3. La délicate justification d'un tel état du droit	539
A. Le déséquilibre introduit	539
B. Les justifications d'un tel régime	543
1. Quelques rares et fragiles justifications du bien fondé du système actuel	546

2. Un système justifié essentiellement par défaut	548
a. Les difficultés de réalisation d'une solution alternative	549
b. Les risques pour la compétitivité du droit français	551
Conclusion de section	553
Conclusion de Chapitre	554
Chapitre 2 - La nécessité d'une réforme	556
Section 1 - Conséquences et effets pervers de l'état du droit positif	556
Sous section 1 - En l'absence de garanties conventionnelles, une irresponsabilité dangereuse	557
§1. Effets pervers du point de vue juridique : la fragilisation du système de droit privé dans son ensemble	557
A. Le transfert de richesses, pivot du droit privé	558
B. La fragilisation du droit privé par la fragilisation du droit de gage général	560
§2. Effets pervers du point de vue économique : la fragilisation du tissu économique	562
Sous-section 2 - Les perturbations portées par le recours aux garanties conventionnelles	566
§1. L'abandon du mécanisme obligatoire au jeu de la liberté contractuelle	568
§2. Appréciation des vertus économiques de la mesure combinée à la pratique généralisée du recours aux sûretés.	571
Section 2 - Les voies d'un rééquilibrage	576
Sous-Section 1 - L'indexation de la SSPRL sur l'entreprise sous-jacente	577
§1. L'exigence d'une entreprise sous-jacente à toute SSPRL	577
§2. La neutralisation de la pratique de ventilation d'une même entreprise en de multiples SSPRL	578
A. La généralisation de l'analyse entrepreneuriale du droit de la concurrence	579
B. Modalités d'application	582
1. L'exclusion des personnes physiques du champ de la solution	583
2. La mise en œuvre de la responsabilité des autres structures du groupe limitée à l'hypothèse de difficultés de paiement de la filiale débitrice	584
3. L'évolution dans le temps de l'entreprise	586
§3. L'exigence de sincérité des apports	588
A. La proposition récurrente de consacrer la rupture entre l'apport et le seuil de la responsabilité	590
1. Les propositions tenant à la substitution d'autres critères à l'apport pour mesurer la responsabilité des associés	590
2. Le caractère prétendu illusoire de la garantie offerte par le capital social	594
B. La réconciliation du mécanisme de droit positif avec sa logique fondatrice	597
Sous-section 2 - Autres mesures envisageables de rééquilibrage du mécanisme	601

§1. Le retour à la commandite	602
A. La responsabilité des chefs d'entreprise pour les dettes sociales	603
1. La réaction spontanée du corps social : le rééquilibrage introduit par les sûretés conventionnelles	604
2. La réaction de l'ordre juridique : la responsabilité du chef d'entreprise par le jeu de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif	605
B. Intérêt et modalités d'un retour à la commandite	615
1. Les inconvénients de ces modes de réalisation détournés par comparaison à la commandite	615
2. Modalités d'un retour à la commandite et aménagement éventuels.	621
a. Le retour à la commandite originelle : la redéfinition du rôle du commanditaire	623
b. La question des SSPRL unipersonnelles	626
c. La modulation de la responsabilité par le juge	627
§2. Contrôle et gestion du risque des SSPRL supporté par la collectivité.	630
A. L'attribution du régime subordonné à une procédure élective	631
B. Le système assurantiel	638
1. Le principe d'une prise en charge mutualisée du risque par la collectivité de ceux qui le créent	638
2. La diversité des formes de réalisation possible	640
a. Le système idéal inspiré du rapport Champaud : la couverture par l'assurance des risques créés par le mécanisme de SSPRL	641
b. Divers modes de réalisation alternatifs du mécanisme assurantiel envisageables	642
i. L'option peu réaliste de la prise en charge assurantielle de l'ensemble des dettes laissées impayées	643
ii. L'exclusion du champ des bénéficiaires des créanciers réputés consentants	645
iii. Le plafonnement de la couverture au montant des bénéfices d'exercice distribués	648
3. Effets collatéraux envisageables et portée novatrice de la mesure	650
Conclusion de chapitre	654
<i>Conclusion</i>	657
<i>Bibliographie</i>	665
<i>Index</i>	720

Essai sur la limitation de la responsabilité de l'associé

Résumé :

La limitation de la responsabilité de l'associé qu'emporte le régime de certaines sortes de structures sociales personnifiées apparaît aujourd'hui comme une mesure banale à laquelle le juriste contemporain s'est accoutumé. Trop sans doute pour qu'il s'interroge encore sur sa raison d'être où la pertinence de la manière dont elle se réalise en droit positif.

Tantôt tenue pour une conséquence logique, sinon impérative, de la personnification des sociétés, tantôt pour une exigence commandée par les nécessités de l'économie privée, la mesure semble aujourd'hui tapie dans un angle mort de l'analyse juridique.

Elle appelle pourtant une vigilance soutenue.

Apparaissant, en son principe, en profonde contradiction avec les axiomes essentiels du droit civil, elle s'avère porteuse de graves périls pour l'effectivité du droit privé dans son ensemble dès lors qu'à de nombreux égards, les constructions de ce dernier reposent en dernière analyse sur le mécanisme obligationnel que précisément la mesure a pour objet de neutraliser.

Partant de ces constats, la thèse se donne pour ambition de déterminer si les manifestations positives du phénomène de limitation de responsabilité de l'associé peuvent toujours s'expliquer par les objectifs de politique économique qui en constituent aujourd'hui les justifications exclusives et, le cas échéant, de proposer les voies de réalisation d'une stricte indexation de ce mécanisme dérogatoire sur ce que ses raisons d'être commandent.

Mots clés – Société – Associé – Entreprise – Responsabilité – Personne morale – Droit privé

Essay on the the limitation of partner's liability

Abstract :

The limitation of partner's liability entailed by the regime of certain types of legal entities appears nowadays as a commonplace measure to which the present-day jurist has become accustomed. Probably too much to keep wondering about its purpose and how relevant it is implemented in positive law.

Sometimes considered as a logical, if not imperative, consequence of the legal personality sometimes considered as a requirement resulting from the necessities of private economy, the measure seems nowadays hidden within a blind spot.

However, it should require a continued vigilance.

Indeed, it seems in its principle in deep contradiction with the fundamental axioms of civil law and likely to jeopardize the effectiveness of private law as a whole due to the fact that, in many ways, the legal constructions of private law are based, in the final analysis, on the legal mechanism of civil obligation that the measure is precisely seeking to avoid.

Based on these observations, this thesis aims at determining whether the concrete expressions of the limitation of partner's liability can still be explained by an economic policy objective which constitutes nowadays the only justification of the notion, and, if so, at making suggestions in order to implement a strict indexation of this derogatory mechanism on what its purpose truly requires.

Key words – Corporation – Partner – Company – Liability – Legal entity – Private law