



HAL
open science

La société, technique d'organisation du patrimoine

Fabienne Labelle

► **To cite this version:**

Fabienne Labelle. La société, technique d'organisation du patrimoine. Droit. Université de Rennes 1, 2003. Français. NNT: . tel-03536410

HAL Id: tel-03536410

<https://hal.science/tel-03536410v1>

Submitted on 28 Jan 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

AVERTISSEMENT

La qualité de numérisation de ce fichier dépendant de l'état général de la microfiche, l'A.N.R.T. ne peut garantir un résultat irréprochable.

THÈSE

présentée devant

L'UNIVERSITÉ DE RENNES I

pour obtenir le

Doctorat de l'Université de Rennes I mention DROIT

École doctorale « Droit et Science Politique et Philosophie »

Présentée par

Fabienne LABELLE – PICHEVIN

préparée au Centre de Droit des Affaires

Faculté de Droit et de Science Politique

L' SOCIÉTÉ, TECHNIQUE D'ORGANISATION DU PATRIMOINE

soutenue le

18 décembre 2003

devant le jury :

Directeur de recherche : **Madame Estelle SCHOLASTIQUE**

Professeur à l'Université Paris Sud

Rapporteurs :

Monsieur Xavier BOUCOBZA

Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

Monsieur Marc NICOD

Professeur à l'Université de Toulouse I

Suffragants :

Monsieur Alexis CONSTANTIN

Professeur à l'Université de Rennes I

Madame Anne KARM

Professeur à l'Université de Rennes I

L'Université de Rennes I n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A Gauthier, Alix et Constance

A Benoît

**LA SOCIÉTÉ,
TECHNIQUE D'ORGANISATION DU PATRIMOINE**

SOMMAIRE

La société, technique d'organisation du patrimoine

Première partie – La société, technique de structuration du patrimoine

Titre 1 – La séparation du patrimoine

Chapitre 1 – L'isolement du patrimoine

Chapitre 2 - La protection du patrimoine

Titre 2 –L'administration du patrimoine

Chapitre 1 – La détention du patrimoine

Chapitre 2 - La transmission du patrimoine

Seconde partie – La société, technique de valorisation du patrimoine

Titre 1 – L'accroissement du patrimoine

Chapitre 1 – La constitution du patrimoine *ex nihilo*

Chapitre 2 – La fructification du patrimoine

Titre 2 – L'optimisation fiscale du patrimoine

Chapitre 1 – La paix fiscale pour les revenus du patrimoine

Chapitre 2 – L'économie fiscale pour les valeurs du patrimoine

Table des abréviations

Codes

C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. mon.	Code monétaire et financier
C. pén.	Code pénal
N.C.P.C.	Nouveau Code de procédure civile
C. rural	Code rural
C. trav.	Code du travail
C.C.H.	Code de la construction et de l'habitation
C.G.I.	Code général des impôts

Jurisprudence

C.A.A.	Cour administrative d'appel
C.E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
C.J.C.E.	Cour de justice des Communautés européennes
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile, section civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre civile, section commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
T.A.	Tribunal administratif
T.G.I.	Tribunal de grande instance

Recueils de jurisprudence

Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
D.	Dalloz
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
J.C.P. Ed. E.	Jurisclasseur périodique, la semaine juridique édition entreprise
J.C.P. Ed. N.	Jurisclasseur périodique, la semaine juridique édition notariale
J.C.P.	Jurisclasseur périodique, la semaine juridique édition générale

Revues

A.J.D.I.	Actualité juridique de droit immobilier
B.F.F.L.	Bulletin fiscal Francis Lefebvre
B.R.D.A.	Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre.
Banque	Banque magazine
Bull. Joly	Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly
C.D.E.	Cahiers de droit de l'entreprise
D. affaires	Dalloz affaires
Defrénois	Répertoire général du notariat
Dr. et patrimoine	Droit et patrimoine
Dr. fiscal.	Revue de droit fiscal
Dr. social	Revue de droit social
Dr. sociétés	Revue de droit des sociétés
R.F. fin. pub.	Revue française de finances publiques
R.I.D. comp.	Revue internationale de droit comparé
R.J. com.	Revue de jurisprudence commerciale
R.J.D.A.	Revue de jurisprudence de droit des affaires (éd. F. Lefebvre)
R.J.F.	Revue de jurisprudence fiscale
R.R.J.	Revue de la recherche juridique
R.T.D. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D. com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Rev. dr. banc.	Revue de droit bancaire et financier (anc. Revue de droit bancaire et bourse)
Rev. fid.	Revue fiduciaire
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. sociétés.	Revue des sociétés

Encyclopédies juridiques

J.-Cl.	Encyclopédie du juriste
Rép. Dalloz	Encyclopédie juridique Dalloz
Dict. perm.	Dictionnaire permanent (éditions législatives)

Termes conventionnels

Act.	Actualités
A.J.	Actualité jurisprudentielle
Art.	Article
Art. préc.	Article précité
Chron.	Chronique
Cl.	Conclusions
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparez
Doc.	Doctrine
Fasc.	Fascicule
I.R.	Informations rapides
Jp	Jurisprudence
Obs.	Observations
Prat.	Pratique
Rem.	Remarque
s.	Suivants
Somm.	Sommaires commentés
V.	Voir

Locutions latines

<i>Contra</i>	En sens contraire
<i>Et alii</i>	Et autres
<i>Ibid./ibidem</i>	Dans le même passage, dans la même œuvre
<i>Id</i>	<i>Id est</i> , c'est-à-dire
<i>Infra</i>	Au dessous, ci-après
<i>Loc. Cit.</i>	<i>Locus</i> cité, à l'endroit cité
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus</i> cité, Œuvre citée
<i>Supra</i>	Au dessus, plus haut
<i>v^o</i>	<i>Verbo</i> , au mot

INTRODUCTION

1- « Hélas ! Mon pauvre argent ! Mon pauvre argent ! Mon cher ami ! On m'a privé de toi ; et, puisque tu m'es enlevé, j'ai perdu mon support, ma consolation, ma joie (...). C'en est fait ; je n'en puis plus ; je me meurs ; je suis mort ; je suis entermé ! »¹

Ainsi se lamente ce pauvre Harpagon. Il avait cru bon de placer son patrimoine dans une cassette enterrée au fond de son jardin. Sous la plume de Molière, Plaute ou Larivey², l'être de chair, Harpagon, semble faire corps avec son argent³, et mourir à cause de son mauvais placement !

Une question vient alors à l'esprit : comment aurait-il organisé son patrimoine s'il avait été l'un de nos contemporains ?

Sans doute aurait-il été conseillé par un gestionnaire plus ou moins avisé. A l'aube du XXI^e siècle, il aurait certainement investi en bourse, les sociétés cotées jouant le rôle de la cassette. Mais à ce jour, il chercherait fébrilement à évaluer le contenu de son portefeuille d'actions⁴.

Le conseil, s'il est tenu pour mauvais par son résultat, n'était pourtant pas dénué de fondement. **La société, à l'image d'une cassette, est une technique d'organisation du patrimoine⁵.**

¹ MOLIÈRE (J.-B. Poquelin, dit). *L'Avare*, Acte IV, scène VII. In *Théâtre choisi de Molière*. Ed. Garnier frères, 1954, texte intégral établi sur l'édition collective de 1682.

² Molière s'est inspiré de la comédie *L'Aululaire* du poète latin Plaute, ainsi que de la comédie *Les Esprits* de l'auteur dramatique français Pierre de Larivey.

³ Ce qui n'est pas sans rappeler la théorie juridique du patrimoine d'Aubry et Rau, v. *infra* n° 32 et s.

⁴ Ceci en raison de la crise mondiale économique et l'effondrement des marchés boursiers. Par exemple, la valeur des plans d'épargne en actions a chuté de manière conséquente. Ainsi, entre juin et septembre 2002, la valeur des titres de P.E.A. a chuté de 18,3 %. L'encours connu à cette époque s'élevait à 67,9 milliards d'euros. La comparaison avec la situation de septembre 2000 est explicite, puisque l'encours avait atteint alors le record historique de 103,3 milliards d'euros. V. *Les Echos*, 5 décembre 2002, p. 27. Chute de la valeur des P.E.A. bancaires.

⁵ L'affirmation n'est pas nouvelle ; une partie de la doctrine a eu l'occasion de l'énoncer : v. COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Droit des sociétés*. Litec, 2002, n° 39.- TERRAY (J.) La société : une tradition bien vivante. J.C.P. 1984, I, 3154.- BERTREL (J.-P.) Le débat sur la nature de la société. In *Etudes à la mémoire d'Alain Sayag : droit et vie des affaires*, Litec, 1997, p. 131 et s., n° 8.- Egalement : PAILLUSSEAU (J.) Le droit moderne et la personnalité morale. R.T.D. civ. 1993, p. 705, n° 4.

2- Chaque terme de l'affirmation mérite une attention particulière, tant il est évident que son sens peut être différemment apprécié.

Ainsi, le seul mot *société* réunit des diversités⁶ représentant la plupart des acteurs juridiques, sociaux et économiques⁷.

Le terme société vient du latin *societas* qui signifiait « réunion, communauté, société »⁸. Il apparaît vers 1165 en France pour désigner les relations des personnes qui ont ou qui mettent quelque chose en commun⁹. C'est donc dans cette acception la plus proche d'une définition de droit privé que le mot intègre la langue française, avant de prendre au XVII^e siècle des sens plus modernes comme celui d'une communauté¹⁰ ou d'une organisation¹¹. La définition juridique est toutefois plus restrictive, puisque la société désigne alors la personne morale instituée par un acte au terme duquel une ou plusieurs personnes décident de faire apport de moyens humains ou matériels ou de biens pour partager ce qui en résulte¹².

3- La société intéressant le sujet est évidemment la société ainsi définie en droit privé.

Il est remarquable toutefois qu'il soit toujours question du droit des sociétés et non du droit de la société. La diversité des formes sociales existantes explique cette qualification de la matière. La société anonyme y côtoie le groupement foncier agricole ; la société d'exercice libéral voisine avec les sociétés civiles de construction-vente ; les SICAV croisent les sociétés en commandite, etc. Faut-il alors restreindre l'étude à une seule de ces sociétés, considérée seule apte à organiser le patrimoine ? Convient-il, au contraire, de les envisager toutes et de renommer le sujet « les sociétés, techniques d'organisation du patrimoine » ? Est-il possible, enfin, de faire ressortir de cette diversité un droit commun des sociétés justifiant le choix du singulier des termes du sujet ?

⁶ Ainsi, quatre pages du vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant (sous la direction de G. CORNU, PUF, 2000) sont consacrées à ce mot. Sont mentionnés les différents sens du mot société, mais également les diverses formes de société.

⁷ V. Vocabulaire juridique Capitant, préc., v^o société. V. par exemple sens 1 a) la collectivité des membres d'un Etat, comp. avec sens 2 b) la réalité sociale qui naît du contrat de société et qui constitue une personne morale.

⁸ Le Petit Robert, v^o société.

⁹ *Ibid.*, sens I.

¹⁰ *Ibid.*, sens II. C'est la société au sens de Montesquieu.

¹¹ *Ibid.*, sens III : « groupe organisé et permanent, institué pour un but précis. »

¹² Vocabulaire juridique Capitant, préc., v^o société, sens a : « acte qui institue la société. 1^o Contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent 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, tout en s'engageant à contribuer aux pertes (...). 2^o Acte de volonté d'une seule personne qui institue une entreprise unipersonnelle (...). » Sens b : « la réalité sociale qui naît du contrat de société et qui, s'il ne s'agit pas d'une société en participation, constitue une personne morale à compter de l'immatriculation, d'où la personnalité juridique née du contrat de société et considérée comme propriétaire du patrimoine social. ».- V. encore Le Petit Robert, v^o société : « Acte par lequel plusieurs personnes décident de mettre en commun des moyens, des biens et de partager ce qui en résulte ».

La première proposition, qui spécialise la société¹³, a déjà fait l'objet d'études¹⁴. La deuxième tendrait à établir un catalogue. La troisième, en revanche, est un défi stimulant qui consiste à découvrir les éléments du droit commun des sociétés qui corroborent l'affirmation¹⁵. Elle impose une vision transversale de la matière, et même une approche pluridisciplinaire, puisqu'elle mêle des considérations de droit civil et de droit commercial, de droit des biens et de droit boursier, de droit fiscal et de droit des obligations, etc. La société est alors prise comme la réalité sociale qui naît du contrat de société et constitue une personne morale. Elle est le contrat et l'institution¹⁶ auxquels fait allusion l'article 1832 du Code civil, lorsqu'il dispose : « 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. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne ».

4- En réalité, la finalité de la société décrite par l'article 1832 du Code civil la teinte d'un caractère technique. A partir du moment où la société est créée pour répondre à des objectifs, elle devient une *technique*¹⁷. En effet, la technique¹⁸ au sens juridique n'est autre que « l'ensemble des moyens juridiques permettant la réalisation du droit dans un but déterminé¹⁹ ». Les sociétés ne sont, ainsi, pas étrangères à la définition de Gény qui voyait dans les techniques des modalités déterminées d'action et de réflexion qui permettent de

¹³ RANDOUX (D.) La spécialisation des sociétés. In *Etudes dédiées à Alex Weill*. Dalloz/Litec 1983, p. 471. « Le législateur donne une portée accrue, voire excessive, au principe de spécialité en accordant à certaines d'entre elles un statut particulier. » La spécialisation trouve son origine dans le soin à élaborer des règles adaptées. C'est un souci de réalisme juridique.

¹⁴ A l'instar de Mme de Saint Affrique-Tiberghien qui a travaillé sur le thème « La société civile comme mode d'organisation du patrimoine » ou du Professeur Paillusseau qui a démontré que la société anonyme était une technique d'organisation de l'entreprise. V. SAINT AFFRIQUE-TIBERGHIE (D. de) *La société civile comme mode d'organisation du patrimoine*. Thèse Paris II, 2002.- PAILLUSSEAU (J.) *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*. Thèse Rennes, 1965.- Adde : GRANGER (D.) *La société unipersonnelle, technique d'organisation de l'entreprise individuelle*. Thèse Rennes, 1976.

¹⁵ Le régime des sociétés civiles était apparu en 1978 à certains auteurs comme la création d'un « véritable régime primaire ». V. JEANTIN (M.) La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978. D. 1978, chron., p. 173.- On peut douter qu'existe une société de droit commun, mais pas que s'applique un droit commun des sociétés. V. LE CANNU (P.) Existe-t-il un droit commun des sociétés ? In *Prospectives de droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*. Dalloz 1999, p. 247.

¹⁶ Sur le débat entre ces deux thèses, v. *infra* n° 66.

¹⁷ Le fondement de la théorie sur la technique juridique résulte, à la fin du XIX^e siècle, de Jhering. Geny, puis Dabin ont continué à développer cette idée. Pour le premier, le droit a une technique et le droit est lui-même une technique. Pour certains auteurs contemporains, la technique doit concrétiser des expériences sociales.

¹⁸ Une technique se définit au sens large comme « l'ensemble des procédés employés pour produire une œuvre ou obtenir un résultat déterminé ». Le Petit Robert, v° technique, sens 1.

¹⁹ Dictionnaire de la langue du XIX^e et du XX^e siècle, Gallimard, 1992, v° technique. V. encore dans le même sens, la définition du Professeur Gridel : « l'ensemble de l'outillage conceptuel, terminologique et méthodologique avec lequel travaillent les juristes en vue de la réalisation du droit ». GRIDEL (J.-P.) *Introduction au Droit*. Dalloz, 1994, p. 619.

parvenir aux fins recherchées²⁰. Elles sont des fictions juridiques qui font « saillir dans l'ordre intellectuel, l'artifice qui demeure le trait distinctif de la technique du droit »²¹. La technique, en tant qu'outil, est forcément utilitaire²². La société est donc un moyen au service d'une fin. Le droit est en mouvement grâce à ses techniques qui impulsent son dynamisme. C'est ainsi que la société s'adapte à des domaines aussi variés²³ et qu'elle peut se décliner en des formes diverses.

5- Parmi les mêmes finalités décrites par l'article 1832 du Code civil, le *patrimoine* tient une place prépondérante. En évoquant le bénéfice ou l'économie, le texte impose d'intégrer l'angle patrimonial dans la logique de la société. Les résultats ont vocation à y être comptabilisés. La notion de patrimoine est récente²⁴. Elle englobe, certes, la propriété des biens²⁵, mais ne se limite toutefois pas à l'avoir²⁶. Le patrimoine est une notion subjective qui n'a de potentialité, en droit français, que rattachée à une personne. Le patrimoine pourrait ainsi être « l'aptitude à avoir »²⁷. La théorie d'Aubry et Rau a toutefois imprégné notre droit²⁸ en arrêtant sa définition à « l'ensemble des droits et obligations d'une personne considérée comme une universalité »²⁹. Elle lie ainsi actif et passif et envisage le patrimoine dans une perspective dynamique, puisqu'il peut être appelé à recevoir des biens ou dettes futurs.

Pour révéler toute la fonctionnalité de la société, le terme patrimoine n'est pas retenu dans une acception restrictive. Il est tout au plus limité à ce qui relève du domaine du droit privé³⁰.

²⁰ V. GENY (F.) *Science et technique en droit positif*. Tome II, Sirey, 1921, n° 240.

²¹ *Ibid.*

²² C'est cela qui l'oppose à la science qui est à la recherche du vrai. Pourtant l'une et l'autre sont interdépendantes et se font progresser.

²³ Les techniques juridiques, qualifiées comme telles par le Code civil, sont dûment nommées : propriété, vente, etc. Elles ont fait pendant longtemps table rase de l'imagination, si bien que l'empire des techniques juridiques figées s'est imposé, s'appliquant à des modèles arrêtés de relations juridiques. L'efficacité, les besoins concrets ou même la simple convenance semblaient oubliés alors que leur satisfaction participe de l'objet du droit. Le droit des sociétés a bouleversé cet ordre. Ce n'est pas sans difficulté, car toute innovation suscite la suspicion. Il est si rassurant de se cantonner aux techniques nommées. La porte reste pourtant ouverte aux contrats innommés. V. ATIAS (Ch.) *Philosophie du droit*. PUF, 1999, p. 219.

²⁴ ATIAS (Ch.) *Philosophie du Droit. Op. cit.*, p. 215. « Jusqu'au milieu du XIX^e siècle, les juristes français s'en sont passés (...). Ainsi, la jurisprudence générale Dalloz ne consacrait que quelques lignes au patrimoine. Il était présenté soit comme l'ensemble des biens d'un individu, soit comme les biens qu'on tient de ses parents. »

²⁵ Lesquels biens peuvent être des droits personnels, également susceptibles d'évaluation. V. notamment en ce sens : DEPONDT (A.) *Les techniques de gestion du patrimoine*. Maxima, 1993, p. 22.

²⁶ V. toutefois, l'opinion contraire du Professeur Sériaux. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir. R.T.D. civ. 1994, p. 801 ; Rép. Dalloz civil, v° patrimoine, décembre 2002.

²⁷ V. ZENATI (F.) Protection constitutionnelle du droit de disposer. R.T.D. civ. 1999, p. 136 et s., v. en particulier p. 142 concernant la potentialité d'acquisition.

²⁸ V. *infra* n° 32 et s.

²⁹ Dictionnaire du vocabulaire juridique sous la direction de Rémy Cabrillac, Litec 2002, v° patrimoine.

³⁰ En effet, le mot patrimoine peut prendre une ampleur considérable quand il est question de patrimoine architectural, culturel, génétique, etc. (Le Petit Robert, v° patrimoine, sens 3 et 4) ; v. REMOND-GOUILLOUD (M.) L'avenir du patrimoine. Esprit novembre 1995, p. 59 et s. Le patrimoine est tout à la fois « la pierre et l'or

Tous ses aspects doivent être ainsi envisagés, qu'il s'agisse d'organiser un patrimoine professionnel ou privé³¹, un élément ou l'universalité patrimoniale. Peu importe également la personnalité du détenteur du patrimoine, personne physique ou morale. La seule volonté d'affectation³² du patrimoine compte pour avoir recours à la société³³.

De fait, le patrimoine évolue donc qualitativement. Ainsi, dans une perspective économique, sa composition laisse apparaître de nouvelles richesses³⁴. Quantitativement également, l'évolution marque le pas. Malgré la théorie d'Aubry et Rau, il est revendiqué la possibilité de détenir plusieurs patrimoines³⁵. Il est, en réalité, ambitionné une nouvelle organisation de ce patrimoine conçu comme une universalité.

6- Enfin, *organiser* consiste à doter quelque chose d'une structure, d'une constitution déterminée, d'un mode de fonctionnement³⁶. L'organisation doit conduire à un meilleur état. C'est une recherche des plus efficaces conditions de déroulement de l'action³⁷. Il y a donc un but d'optimisation dans toute organisation³⁸. A l'évidence, le droit est lui-même une science d'organisation³⁹. Il affecte la construction et le matériau. Organiser le patrimoine ne se borne

que l'on transmet par devant notaire ; mais aussi la lune, le fond des mers, le château de Versailles, les sites et paysages, les espèces animales et végétales, la diversité biologique et les chansons et fromages du terroir. »

³¹ Cette distinction n'est d'aucune portée dans le sujet, car les sociétés organisent tout aussi bien l'un ou l'autre patrimoine. La frontière entre les deux est d'ailleurs impossible à conceptualiser. Forcément subjective, une même masse de biens peut relever du patrimoine professionnel de l'un et du patrimoine privé de l'autre.

³² GUINCHARD (S.) *L'affectation des biens en droit privé français*. L.G.D.J., 1976, et notamment p. 74 et s. concernant l'affectation en vue d'une exploitation.

³³ L'affectation cherche à émanciper certains éléments patrimoniaux et à les réunir en une entité, que la société est aujourd'hui pratiquement seule à pouvoir structurer.

³⁴ CATALA (P.) *La Transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*. R.T.D. civ. 1966, p. 185.- RIPERT (G.) *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. L.G.D.J., 1951, n° 54 concernant « les nouvelles richesses ». Il s'agit d'une véritable transformation des fortunes (n° 55).

³⁵ L'unité du patrimoine est contestée pour la reconnaissance de patrimoines civils, professionnels, sociaux. V. CATALA (P.) *Couple et modernité : gestion et transmission du patrimoine*. Defrénois 1988, art. 34305, n° 3.

³⁶ Le Petit Robert, v° organiser, sens 1.

³⁷ *Ibid.*, sens 3.

³⁸ Il faut attendre Edgar Morin pour voir une science de l'organisation émerger. L'entreprise a été la cible privilégiée d'études sur l'organisation. V. concernant les théoriciens en organisation des entreprises : BENOIT (R.-F.) *Transformation des rapports sociaux dans l'entreprise et management participatif*. Thèse Grenoble, 1990. Ces travaux, menés en sciences de l'information et de la communication, présentent les théories économiques, managériales, sociologiques et psychologiques, mais ignorent le droit comme technique d'organisation de l'entreprise, et en particulier le droit des sociétés : PAILLUSSEAU (J.) *Société anonyme : technique d'organisation de l'entreprise*. Thèse Rennes, 1967 ; *Les fondements du droit moderne des sociétés*. J.C.P. éd. E, 1984, n° 14193, p. 165 et s.

³⁹ Le langage du droit est normatif : il organise. V. BATTIFOL (H.) *Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique*. In *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*. Toulouse, 1978, p. 35 et s.- Le droit est « une méthode d'organisation des relations futures ». V. MOUSSERON (J.-M.) « Responsable mais pas coupable ». *La gestion des risques d'inexécution du contrat*. In *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 141 et s., n° 20.- *Addé* les enseignements du doyen Roger PERCEROU pour qui le droit est une technique d'organisation (par exemple : *Droit et gestion : améliorer la performance juridique de l'entreprise*, Revue française de gestion 1990, n° 81, p. 8 et s.)- Les travaux de l'école de Rennes l'ont particulièrement démontré : v. en particulier : PAILLUSSEAU (J.) Thèse préc.- *Les fondements du droit moderne des sociétés*. Art. préc., n° 29 ; *Le big bang*

donc pas à déterminer les valeurs intégrant un portefeuille de valeurs mobilières. L'organisation impose une stratégie, une réactivité face à un environnement instable. Elle impose le recours à des techniques encadrant ou intégrant le patrimoine. L'organisation est alors la mise en place d'une puissance, d'une structure d'action⁴⁰.

7- Le sujet s'inscrit donc, naturellement, dans le vaste domaine de la gestion du patrimoine. Il se trouve que la définition de cette dernière peine à s'affirmer. Elle relève encore pour beaucoup du domaine de la finance⁴¹ et ne consiste dès lors qu'à arbitrer divers placements ou à minorer l'impôt⁴².

Pourtant, optimiser les objectifs patrimoniaux⁴³ suppose d'intégrer non seulement des contraintes économiques et financières, mais encore des paramètres juridiques⁴⁴. Souligner que la société est une technique d'organisation du patrimoine met précisément l'accent sur les outils juridiques de la gestion de patrimoine⁴⁵. Les liens étroits noués entre le droit et les sciences économiques⁴⁶ et de gestion⁴⁷ sont ainsi, une nouvelle fois, soulignés.

du droit des affaires à la fin du XX^e siècle. J.C.P. 1988, I, n° 3330, n° 28 ; Le droit est aussi une science d'organisation. R.T.D. com. 1989, p. 1 ; Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit. C.D.E. 1997/2, p. 3 et s., n° 9, 15, et 22 ; Les contrats d'affaires. J.C.P. 1997, I, n° 3275, n° 17. L'auteur évoque l'organisation et l'optimisation.- Les travaux récents menés sur la notion de montage l'ont également confirmé : DOM (J.-Ph.) *Les montages en droit des sociétés.* Joly éditions, 1998, n° 25 sur les organisations.- *Adde* : PORACCHIA (D.) *La réception juridique des montages conçus par les professionnels.* P.U.A.M., 1998.

⁴⁰ CHAMPAUD (Cl.) Leçon terminale. Sciences de gestion et conscience entrepreneuriale. *In le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud.* Dalloz, 1997, p. XIII et s.

⁴¹ Cette remarque était déjà faite, il y a dix ans, par le Professeur Jean Aulagnier. Elle reste encore valable aujourd'hui. V. La gestion du patrimoine, synthèse du droit et de la finance. Rev. dr. banc. avril 1993 (cahier de gestion de patrimoine), n° 36, p. 3.

⁴² Pour cette seule optique, v. par exemple : PAYS (B.) *La gestion de patrimoine.* PUF, Que sais-je ? 1992.

⁴³ Cette « science des finances domestiques » ainsi qu'elle était nommée autrefois. V. MIRIMONDE (A. de) *Comment gérer sa fortune.* Payot, 1926.

⁴⁴ Au sens large. Les paramètres fiscaux sont souvent seuls envisagés, alors que toutes les branches du droit peuvent contribuer à la gestion de patrimoine.

⁴⁵ De manière générale, Droit et Gestion cohabitent avec méfiance. V. notamment : COURET (A.) L'interface du droit et de la gestion : réflexions sur quelques démarches significatives. *In Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou. Droit et gestion de l'entreprise.* Vuibert gestion, 1993, p. 21 et s.

⁴⁶ OPPETIT (B.) Développement économique et développement juridique. *In Etudes à la mémoire d'Alain Sayag : droit et vie des affaires.* Litec, 1997, p. 71.- LE CANNU (P.) *Droit des sociétés.* Montchrestien, 2002, n° 7 et s.

⁴⁷ FARJAT (G.) *Droit économique.* PUF, 1982, p. 729 et s.- La porosité du droit s'observe également par rapport aux sciences de gestion. Ainsi l'approche managériale a inspiré l'école de Rennes et notamment les travaux de Jean Paillusseau (Thèse préc.) ou Michel Deslandes [*L'organisation de l'entreprise familiale (aspects juridiques et fiscaux.)* Thèse Rennes, 1977.] De son côté, Nicole Chardin a montré combien le marketing qui innerve les contrats de crédit à la consommation se heurtait au principe d'autonomie de la volonté du droit. (*Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté.* L.G.D.J., 1988).- V. encore : LIGER (A.) *La gestion fiscale des P.M.I. : un mythe, le lien fiscalité-financement.* L.G.D.J., 1988.

8- En effet, les rapports de l'économie et du droit ont révolutionné le système juridique du XX^e siècle. Ils ont donné naissance à des techniques, répondant à des besoins⁴⁸. En réalité, « l'instrumentalité du juridique à l'économique »⁴⁹ s'est imposée.

L'*historique* des notions de patrimoine et de société fait apparaître cette évolution commune à des fins utilitaristes.

9- La notion de *patrimoine*, d'abord, telle que le droit français la connaît, est étrangère au droit romain et à l'Ancien Droit.

En droit romain, la notion d'universalité du patrimoine n'était connue qu'au décès de la personne, en tant qu'hérédité⁵⁰. Elle était, en réalité, un moyen de contourner la lourdeur des procédures de transfert des biens⁵¹. Le terme *patrimonium* se contentait de traduire le statut de chef de famille, dont l'une des conséquences était la possibilité d'être propriétaire. Il semble que les institutions consacrées par le droit romain correspondaient davantage à la théorie du patrimoine d'affectation⁵². Néanmoins, les romains distinguaient entre les choses de l'individu et les domaines public, divin, et naturel⁵³. Cette *summa divisio* est une première démarche d'isolement des biens les uns par rapport aux autres. L'*universitas* est alors une entité comprenant actif et passif⁵⁴.

Dans l'Ancien Droit, il n'y a pas d'unité dans la mesure où les biens d'un individu sont distingués d'après leur origine ou leur affectation⁵⁵. Les biens sont appréhendés par fractions, en fonction de leur finalité⁵⁶. La notion moderne de patrimoine ne doit donc rien au droit coutumier⁵⁷. Ce sont les juristes « romanisants » qui utilisent dans un premier temps la notion pour les communautés ecclésiastiques et laïques. La notion de patrimoine est véritablement

⁴⁸ SAYAG (A.) *Essai sur le besoin créateur du droit*. L.G.D.J., 1969. Adde : MELKEVIK (B.) Utilitarisme et droit. Jeremy Bentham et John Stuart Mill. In *Horizons de philosophie du droit*. L'Harmattan, 1998, p. 57 et s.

⁴⁹ FRISON-ROCHE (M.-A.) Droit économique, concentration capitalistique et marché. In *Philosophie du droit et droit économique. Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*. Ed. Frison-Roche, 1999, p. 397 et s.

⁵⁰ V. notamment : GIRARD (F.) *Traité élémentaire de droit romain*. Par F. SENN, 1929, livre 3, p. 260.

⁵¹ La procédure formulaire était ainsi évitée. Le demandeur était dispensé d'actions en revendication sur toutes les choses.

⁵² FROMION-HEBRARD (B.) *Essai sur le patrimoine en droit privé*. Thèse Paris II, 1998, p. 23, n° 10 et s. Le pécule, la dot et la fondation en sont l'illustration.

⁵³ PATAULT (A.-M.) *Introduction historique au droit des biens*. PUF, 1989, p. 89, n° 75.

⁵⁴ Les juristes du Moyen Age et de la Renaissance ont d'ailleurs déjà recherché dans les *Corpus* et *Universitas* les moyens de régler le problème des besoins de capitaux et la formation de sociétés. V. SZRAMKIEWICZ (R.) *Histoire du droit des affaires*. Montchrestien, 1989, p. 69, n° 148.

⁵⁵ Chacun a d'ailleurs sa loi propre en cas de succession. V. sur ce point : OURLIAC (P.) et MALAFOSSE (J. de) *Histoire du droit privé*. PUF, 1969, p. 234.

⁵⁶ PATAULT (A.-M.) *Op. cit.*, p. 101, n° 85. « Le droit coutumier distingue entre les alleux et les tenures, les biens nobles et les biens roturiers, les propres et les acquêts, les meubles et les immeubles. »

⁵⁷ Domat et Pothier ne font aucune place à la notion de patrimoine. V. FROMION-HEBRARD (B.) *Op. cit.*, p. 26, n° 18.

construite par Aubry et Rau au XIX^e siècle⁵⁸ et le principe d'unicité du patrimoine devient la règle. Il imprègne aujourd'hui notre droit⁵⁹.

Certains juristes ont essayé de faire évoluer cette définition dogmatique du patrimoine⁶⁰. Les discussions ont été essentiellement animées par les tenants du patrimoine d'affectation. Leurs arguments suggèrent un raisonnement analogue à celui du droit coutumier. Il tient compte davantage de la finalité des biens. Une esquisse de cycle se trace donc.

Si la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau en droit français est une conception subjective du patrimoine, les conceptions objectives ne trouvent pas d'échos sans recourir à la personne. En effet, le besoin de reconnaissance de patrimoine d'affectation n'est pas ressenti par les éléments le composant⁶¹, mais par l'homme lui-même⁶².

Cette vision utilitariste modifie les comportements par rapport au patrimoine. La tendance moderne est de procéder à l'isolement de certains biens en créant des îlots, des entités patrimoniales⁶³. De même, le contenu du patrimoine évolue. Composé traditionnellement de biens s'inscrivant dans la durée, il connaît désormais des variations fréquentes notamment par le jeu des flux des valeurs mobilières⁶⁴.

Contenant et contenu du patrimoine imposent un rapprochement avec le droit des sociétés⁶⁵.

10- La notion de *société*, ensuite, ne revêt pas la même réalité juridique. Alors que le patrimoine relève davantage du concept⁶⁶ juridique, la société fait l'objet d'un droit très construit⁶⁷, même si son élaboration fut très lente⁶⁸.

⁵⁸ Lesquelles s'inspirèrent des travaux de l'Allemand Zachariae. V. *infra* n° 33.

⁵⁹ V. *infra ibid.*

⁶⁰ V. *infra* n° 42 et s.

⁶¹ Les choses n'ont aucun sentiment. Ce dernier est « le mode de donation de la forme singulière de toutes nos informations sensibles, forme donnée comme tonalité fondamentale de l'état d'esprit et inséparable de celui à qui elle est donnée ». BEGORRE-BRET (C.) et alii. *Cent fiches pour aborder la philosophie*. Bréal, 1998, p. 29.

⁶² Le patrimoine est affecté, mais pour les besoins de la personne qui en reste le maître.

⁶³ La loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique (J.O. 5 août 2003, 13449) l'a encore illustré en offrant à l'entrepreneur la possibilité d'isoler sa résidence principale des poursuites des créanciers (art. 8.)

⁶⁴ Le terme patrimoine a pris une forte connotation financière, en raison de ses mouvements. V. CATALA (P.) La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne. Art. préc. La gestion de patrimoine se réfère souvent aux seuls placements financiers et à leurs flux sur les marchés. V. par ex. GUILLON (P.-M.) et LENGAINÉ (J.-J.) *Mémento des professionnels du patrimoine*. Patrimoine management, 1997.- JACQUILLAT (B.) et SOLNIK (B.) *Marchés financiers, gestion de portefeuille et des risques*. Dunod, 1989.

⁶⁵ Le patrimoine se compose plus qu'avant de valeurs qui trouvent leur source dans le monde des affaires, (valeurs mobilières par ex.) L'idée de patrimoine d'affectation est insufflée par le seul souci des affaires et notamment de l'entrepreneur individuel. Droit des sociétés et patrimoine sont donc liés. Le monde des affaires intègre la sphère du privé par le seul patrimoine. Le patrimoine commun peut même être le point de départ d'une vision sociétaire. Il est un des critères de qualification de la société notamment quand il s'agit de voir s'il y a société créée de fait (par exemple, entre époux, entre concubins, etc.).

Au Moyen Age, les sociétés étaient essentiellement constituées entre marchands afin de contourner la condamnation par l'Eglise du prêt à intérêt⁶⁹. Ils constituaient des compagnies⁷⁰ pour une durée d'association brève afin d'alléger la responsabilité indéfinie⁷¹. Le commerce maritime, quant à lui, inspira la naissance de commandites⁷². Ces sociétés mettent en évidence le besoin de capitaux et sont précurseurs de sociétés « anonymes »⁷³. Les modèles sont italiens⁷⁴, mais ne trouvent pas de réelle expansion avant la fin du XVII^e siècle.

Avec le développement des manufactures et des affaires, le droit doit réglementer ces sociétés qui étaient restées jusque là relativement rares. L'ordonnance de Colbert de 1673⁷⁵ reste toutefois lacunaire⁷⁶. C'est la pratique – négociants, notaires – qui élabore les statuts des sociétés les plus complexes, introduit des clauses et construit véritablement le droit des sociétés. A la fin de l'Ancien Régime, une classification des sociétés est ainsi érigée et sera reprise par le Code de commerce. Les sociétés commerciales ne présentent toutefois aucune théorisation ni définition paralysante.

Le XVIII^e siècle, quant à lui, consacre le passage de la « société groupement de personnes » à une « société entreprise » avec la notion de personne morale. Les sociétés ont de nouveaux besoins de capitaux. Les apporteurs poursuivent un but de spéculation⁷⁷ et souhaitent limiter leur responsabilité. La pratique édifie les bases de ces nouvelles sociétés⁷⁸, que le Code de commerce reprendra⁷⁹.

Pendant la première moitié du XIX^e siècle, les sociétés restent soumises au contrôle de l'Etat. L'intervention se dit préventive en vue de protéger l'épargne publique et prend la

⁶⁶ Le patrimoine n'est qu'une représentation générale et abstraite d'un ensemble d'objets. Au contraire, la société est une véritable notion, en ce sens qu'elle est l'objet abstrait de connaissances.

⁶⁷ Cette construction dense du droit des sociétés résulte également de la multitude des statuts particuliers élaborés.

⁶⁸ HILAIRE (J.) *Introduction historique au droit des affaires*. PUF, 1986, p. 165 et s.

⁶⁹ DIDIER (P.) *Droit commercial. Tome 1. Introduction, l'entreprise, l'entreprise individuelle*. PUF, 1997, p. 8.

⁷⁰ Sur le modèle de *societas*, « contrat gréco-romain ayant survécu dans le droit médiéval ». *Ibid.*

⁷¹ Tel était le cas par exemple de la société de Médicis. V. SZRAMKIEWICZ (R.) *Histoire du droit des affaires*. Montchrestien, 1989, p. 67, n° 143 et 144.

⁷² Un partenaire à terre mettait des capitaux à disposition d'un partenaire embarqué.

⁷³ HILAIRE (J.) *Op. cit.*, n° 104.- SZRAMKIEWICZ (R.) *Op. cit.*, n° 348.

⁷⁴ *Ibid.*, n° 355.

⁷⁵ Pour le détail des dispositions de cette ordonnance, v. SZRAMKIEWICZ (R.) *Op. cit.*, n° 360 et s.

⁷⁶ HILAIRE (J.) *Op. cit.*, n° 114. L'auteur la considère même comme un échec.

⁷⁷ Cette recherche de fructification de l'argent devient courante. Elle est corroborée par le développement de la lettre de change à la même époque. V. sur ce point : CHAPUT (Y.) et SCHODERMEIER (M.-D.) *Effets de commerce, chèques et instruments de paiements*. PUF, 1998, n° 175, p. 116 et s.

⁷⁸ SZRAMKIEWICZ (R.) *Op. cit.*, n° 382 et s.

⁷⁹ HILAIRE (J.) *Op. cit.*, n° 123 et s.

forme d'un contrôle des statuts et d'une autorisation par le Conseil d'Etat⁸⁰. Seules les sociétés en commandite restent de constitution facile⁸¹. Peu à peu, toutefois, sa jurisprudence, sous la pression de la pratique, s'assouplit. La révolution industrielle et la nécessité de faire face à la concurrence anglaise⁸² conduisent à la loi du 24 juillet 1867⁸³. Cette dernière libéralise considérablement le droit des sociétés anonymes, qui entre dans la sphère du privé. Elle n'est toutefois pas instrumentalisée⁸⁴.

Décrivant toujours un cycle⁸⁵, le droit des sociétés retrouve néanmoins une réglementation plus dirigiste avec les législations des années 30 et du régime de Vichy⁸⁶. La loi du 24 juillet 1966 s'avère extrêmement pointilleuse. Son ampleur⁸⁷ laisse pourtant la place à des revendications plus libérales. L'évolution du droit des sociétés est corrélative à celle de l'économie.

Les premiers chocs pétroliers, puis la révolution technologique, induisent des besoins⁸⁸. La vision du droit des sociétés se modifie. Celui-ci est mis au service de finalités⁸⁹. Des outils, aptes à servir le quotidien, apparaissent⁹⁰. Ils structurent (E.U.R.L.) ou assurent le financement (diversification des valeurs mobilières). Les dernières créations juridiques

⁸⁰ HALPERIN (J.-L.) *Histoire du droit privé depuis 1804*. PUF, 1996, n° 103, p. 158.- SZRAMKIEWICZ (R.) *Op. cit.*, n° 95. Le régime de la S.A. est particulièrement sévère puisque l'autorisation gouvernementale est une mesure de police longue et coûteuse. - *Adde* : HILAIRE (J.) *Op. cit.*, n° 134 et s.

⁸¹ HILAIRE (J.) *Op. cit.*, n° 111 et s. Elle était « une société à tout faire ».

⁸² DAIGRE (J.-J.) *Transformer les sociétés*. C.D.E.1995/2, p. 16, n° 2.

⁸³ Relative aux sociétés, elle sera abrogée en 1966. SZRAMKIEWICZ (R.) *Op. cit.*, n° 795 et s.- HILAIRE (J.) *Op. cit.*, n° 141 et s.

⁸⁴ HALPERIN (J.-L.) *Op. cit.* : « A ce moment, les juristes ne mesurent pas complètement les conséquences de l'émergence de cette institution, la conception contractuelle dominante faisant obstacle aux progrès de la personnalité morale interne. »

⁸⁵ FRISON-ROCHE (M.-A.) *Droit économique, concentration capitaliste et marché*. Art. préc.- V. également la description de HILAIRE (J.) *Introduction historique au droit commercial*. PUF, 1986, n° 2 et s. L'auteur décrit l'alternance de créations pratiques correspondant à des besoins et de réglementation avec intrusion de la puissance publique.- D'autres auteurs préfèrent la référence à un *balancier* : v. BERTREL (J.-P.) *Le débat sur la nature de la société*. In *Etudes à la mémoire d'Alain Sayag : droit et vie des affaires*. Litec, 1997, p. 131 : l'auteur fait notamment référence au mouvement de balancier de l'histoire décrit en droit civil par LEAUTE (J.) *Les Eclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*. Thèse Paris, 1946.

⁸⁶ Les premières se veulent moralisatrices (v. notamment le décret-loi du 8 août 1935 portant application aux gérants et administrateurs de sociétés de la législation de la faillite et de la banqueroute et instituant l'interdiction et la déchéance de gérer et d'administrer une société.) La législation de Vichy, quant à elle, se veut anticapitaliste. V. DAIGRE (J.-J.) Art. préc., n° 3.

⁸⁷ Les sources de la loi de 1966 sont d'inspiration allemande. La loi régleme dans le détail, la moindre obligation étant assortie d'une sanction pénale.

⁸⁸ V. sur l'importance de la notion de besoin pour l'évolution du droit : BISSARA (Ph.) *L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions*. Rev. sociétés 1990, p. 553.

⁸⁹ V. RIPERT (G.) *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. L.G.D.J., 1951 : l'auteur a démontré l'instrumentalité de la S.A. en la qualifiant de « machine juridique » (n° 46). Cette idée a été largement promue ensuite par l'école de Rennes.

⁹⁰ L'utilité des techniques juridiques a toujours été au cœur des évolutions législatives. Il s'intègre pour le droit des sociétés une idée supplémentaire : l'adaptabilité, la flexibilité.

sociétaires⁹¹ illustrent cet objectif de simplification qui s'inscrit dans un mouvement économique néo-libéral⁹². Ce droit des sociétés continue certes de répondre aux besoins de l'entreprise⁹³, mais il s'instrumentalise. Il devient véritablement une technique, revendiquée maniable, adaptable à l'évolution économique. Ce faisant, il s'autonomise du monde de l'entreprise, pour en venir à servir directement les besoins individuels. Il doit être utile.

11- En conséquence, société et patrimoine ont connu une évolution commune en s'imprégnant d'un but utilitaire⁹⁴. Le juriste connaît ainsi une application des idées philosophiques défendues par les utilitaristes. En particulier, l'influence de Bentham⁹⁵ est indéniable.

Le raisonnement philosophique nous aide à comprendre notre monde⁹⁶. Ainsi, les philosophes du XX^e siècle ont démontré l'empreinte de l'individualisme⁹⁷. Il promeut une société de type libéral⁹⁸. Cette évolution des pensées est manifeste dans les pays d'influence anglo-saxonne, où la nuance est incarnée par la thèse de la justice sociale⁹⁹. Les pays d'influence latine, quant à eux, restent imprégnés de valeurs catholiques¹⁰⁰, se référant à un idéal¹⁰¹.

⁹¹ La S.A.S. en est un exemple.

⁹² V. notamment PERIN (P.-L.) *L'organisation des pouvoirs dans la société par actions simplifiée*. Thèse Paris II, 1999. L'auteur remarque qu'il s'agit « de la mouvance du nouveau droit naturel économique pour lequel l'efficacité économique ne représente pas un simple facteur d'explication du droit mais la fin que se doit de poursuivre tout ordre juridique légitime ». V. FRYDMAN (B.) et HAARSCHER (G.) *Philosophie du droit*. Dalloz, connaissance du droit, 1998, p. 89.- Sur l'influence néo-libérale, v. COURET (A.) Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés. Rev. sociétés 1984, p. 243 et s.

⁹³ Cela semble d'ailleurs être son objectif principal en 1996 à la lecture du rapport Marini, v. le commentaire de Jean Paillusseau : La modernisation du droit des sociétés commerciales. D. 1996, chron., p. 288, en particulier n° 10.

⁹⁴ La fin est l'homme et le bonheur auquel il aspire. « Le droit de contracter n'est que la faculté de choisir les moyens de son bonheur ». C'est l'opinion de Cambacérés lorsqu'il présente le deuxième projet de Code civil en septembre 1794. V. BART (J.) *Histoire du droit privé de la chute de l'empire romain au XIX^e siècle*. Montchrestien, 1998, p. 495.

⁹⁵ MELKEVIK (B.) Utilitarisme et droit. Jeremy Bentham et John Stuart Mill. In *Horizons de philosophie du droit*. L'Harmattan, 1998, p. 57 et s.

⁹⁶ Les penseurs analysent nos comportements afin que nous puissions y jeter un regard critique et nous élever vers une certaine sagesse.

⁹⁷ Et, particulièrement, l'influence de l'individualisme utilitariste V. déjà en ce sens : GASTAUD (J.-P.) *Personnalité morale et droit subjectif*. L.G.D.J., 1977, n° 2 et s.- BURGE (A.) Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral. R.T.D. civ. 2000, p. 1.

⁹⁸ L'utilitarisme a réformé le libéralisme classique de Locke en un libéralisme contemporain où la notion de neutralité tient une place prépondérante.

⁹⁹ V. la pensée de John Stuart Mill (*L'utilitarisme*. Flammarion, 1993, p. 148), mais également de John Rawls In CARBONNIER (J.) *Droit civil. Introduction*. PUF, 1999, n° 52 et s. *Adde* : *L'utile et le juste*. Archives de philosophie du droit. Tome 26, 1981.

¹⁰⁰ Dans son traité de droit des sociétés en 1764, Pothier définit la société comme le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes s'obligent à mettre en commun quelque chose pour faire en commun un profit *honnête* dont elles s'obligent réciproquement à *se rendre compte*. Les termes sont encore imprégnés des idées catholiques. Le profit honnête fait allusion à l'absence d'excès conseillée par l'Eglise. Si aujourd'hui ces valeurs religieuses

Le droit est poreux à ces modes de pensée¹⁰². Il les transpose. Ainsi, l'utilitarisme s'est traduit par le réalisme juridique¹⁰³. Le droit est adapté, voire absorbé, par les faits qui préoccupent notre époque. Il gouverne, planifie et administre¹⁰⁴. Il évolue au gré des besoins¹⁰⁵. Il crée des organisations et développe des techniques. Or, l'ensemble est initié par les faits économiques.

Le droit des affaires traduit assez explicitement cette nouvelle philosophie. Droit moderne, il a souvent pioché dans le Nouveau Monde ses sources d'inspiration¹⁰⁶. C'est ainsi qu'est né un droit économique en France¹⁰⁷ à la suite d'un modèle américain. L'économie fournit les faits qui construisent ce droit. Le regard posé sur le droit économique est souvent ambitieux. L'angle de vue est très large. Cette position dominante offre à voir les marchés et la mondialisation¹⁰⁸. Un regard plus modeste est pourtant possible¹⁰⁹. Cette position ramène à l'*oikonomia* de la cité grecque antique, c'est-à-dire l'art de bien administrer une maison et de gérer correctement l'ensemble des biens d'un particulier. Elle met à jour le patrimoine.

n'intègrent plus les considérations économiques, la consolidation des comptes et l'honnêteté sont néanmoins des notions à la mode. Les clauses d'aumône (LEVY-BRUHL (H.) *Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVIIe et XVIIIe siècle*. Montchrestien, 1938, p. 73 - SZRAMKIEWICZ (R.) *Op. cit.*, n° 364) ne semblent toutefois pas réapparaître...- *Adde* : CONVERT (L.) *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés*. L.G.D.J., 2003, n° 206 et s., à propos des cultures religieuses et de leur influence sur le droit des sociétés. L'auteur conclut que le droit français est imprégné de l'obédience romaine, de la défense de la partie faible, l'interventionnisme protecteur. L'idéal républicain ne fait que reprendre ces fondements d'éthique sociale (*Op. cit.* n° 222.)- WEBER (M.) *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*. Réédition Flammarion 2000, v. encore l'influence de Luther et Calvin sur les comportements.

¹⁰¹ CANTO-SPERBER (M.) *Le regain de la philosophie morale*. In *Philosophies de notre temps*. Ed. Sciences humaines, p. 193 et s., en particulier, p. 195.- *Adde* : GJIDARA (S.) *L'endettement et le droit privé*. L.G.D.J., 1999, n° 334 et suivants sur l'éthique et la doctrine sociale de l'Église catholique. L'auteur y synthétise les points de vue de l'Église sur les tendances actuelles économiques. V. en particulier n° 337 : l'économie de marché n'est pas condamnée mais l'État doit y jouer un rôle.

¹⁰² Sur la porosité du droit interne, spécialement en droit des sociétés, v. CONVERT (L.) *Op. cit.*, p. 148 et s.

¹⁰³ V. notamment MELKEVIK (B.) *Utilitarisme et droit, Jeremy Bentham et John Stuart Mill*. In *Horizons de philosophie du droit*. L'Harmattan, 1998, p. 57 et s. L'auteur souligne le succès incontestable du paradigme utilitariste dans le domaine juridique. Il a joué le rôle d'émancipateur en permettant des réformes structurelles profondes. Il a démystifié la loi, selon l'expression de Bentham. Sa reformulation par John Stuart Mill apporte une connotation « sociale » nouvelle. Il juxtapose ainsi des standards éthiques aux principes utilitaristes.

¹⁰⁴ Un droit « bureaucratique » qui « traite les hommes comme des choses », selon l'opinion de Bjarne MELKEVIK.

¹⁰⁵ La réforme est donc permanente. Certains auteurs y voient la cause de l'instabilité du droit des affaires. La norme juridique est « dépourvue d'inspiration d'ensemble ». OPPETIT (B.) *Le droit des affaires, demain*. J.C.P. éd. B. 1986, II, 14637.- *Adde* : *L'expérience française de codification en matière commerciale*. D. 1990, chron. p. 1.

¹⁰⁶ Il continue à le faire. Ainsi, le débat sur le *corporate governance* le traduit encore. Il semble toutefois que la justice sociale poursuivie par les actionnaires reste centrée sur un certain individualisme. Peu leur importe l'influence de leur démarche sur les marchés, sur l'entreprise et ses intéressés.

¹⁰⁷ CHAMPAUD (Cl.) *Contribution à la définition du droit économique*. In « *Il diritto del economica* ». D. 1967, chron. XXIV.

¹⁰⁸ PIETRANCOSTA (A.) *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers*. Thèse Paris I, 1999.

¹⁰⁹ Ne parle-t-on pas d'économie locale, d'économie de l'entreprise, de microéconomie (étude de l'activité et des comportements économiques des individus) ?

12 – Inscrit dans des perspectives historiques ou philosophiques, le sujet démontre sa vitalité. Il est au cœur des préoccupations tant individuelles que générales. Il présente donc des intérêts indéniables, tant pratiques que théoriques.

L'intérêt pratique de recherches sur le thème de la société comme technique d'organisation du patrimoine est souligné par l'existence d'une bibliographie substantielle destinée aux praticiens sur le sujet¹¹⁰. Les gestionnaires de patrimoine que sont les notaires, les avocats-conseils, les cabinets spécialisés, les experts-comptables s'intéressent à la société comme outil de gestion du patrimoine. Ces ouvrages pratiques décrivent des mécanismes, des montages¹¹¹, et des thèses d'application¹¹² y sont consacrées parfois. Les revues¹¹³ elles-mêmes traitent des illustrations de cet emploi. Ces travaux sont très utiles. Ils correspondent, en effet, à un droit dans l'action. Les techniques décrites répondent aux finalités poursuivies par les particuliers et, plus généralement, tous acteurs économiques¹¹⁴. Ce sont de véritables catalogues d'ingénierie sociétaire¹¹⁵ qui facilitent le travail quotidien des praticiens¹¹⁶.

¹¹⁰ Plus généralement, l'organisation du patrimoine donne lieu à une abondante littérature universitaire, essentiellement pratique. Elle utilise de nombreuses techniques juridiques dont la société n'est qu'un exemple. Ces autres techniques sont par exemple le démembrement usufruit/nue-propriété, le quasi-usufruit, les techniques contractuelles telles que l'assurance-vie, etc.- V. MIHAIL (Ph.) *Gestion de patrimoine : les instruments de la planification patrimoniale et fiscale en France et à l'étranger*. Maxima, 2003.- KHEIRA (K.), TEYSSONNIER (F.) *Conseil et gestion de patrimoine : méthode et stratégie du patrimoine privé et professionnel*. Economica, 2002.- FERNOUX (P.) *La gestion fiscale du patrimoine*. Groupe revue fiduciaire, 2002.- BOUGLE (F.) *L'art et la gestion de patrimoine : acquérir, protéger, transmettre*. Ed. de Verneuil, 2001.- DENOS (P.) *Guide pratique de la S.C.I. : comment bien gérer son patrimoine immobilier*. Ed. de l'organisation, 1998.- DELFOSSE (A.) *Plus-values et transmission de patrimoine*. Maxima, 1998.- DEPONDY (A.) *Les techniques de gestion de patrimoine*. Maxima, 1998.- AULAGNIER (J.) *Usufruit et nue-propriété dans la gestion de patrimoine*. Maxima, 1998.- BERTRAND-KERVERN (F.), BOIGIBAUT de BRYAS (A.) et CHOUVELON (T.) *Gestion de patrimoine : principes économiques, juridiques et fiscaux*. Economica, 1997.- BRISSE (J.) et alii. *Les outils juridiques de la gestion de patrimoine*. SEFI, 1996.- GUILLON (P.-M.) *La gestion de patrimoine : méthodes et enjeux stratégiques*. Economica, 1996.- DEPONDY (A.) et CHEVALLIER (Y.) *Les sociétés civiles de famille dans la gestion de patrimoine*. Maxima, 1996.- PAYS (B.) *La gestion de patrimoine*. PUF, Que sais-je ? 1992.- MONIN (L.-H.) *Gestion de patrimoine*. SEFI, 1991.- Adde : Les travaux constants des notaires sur le sujet. V. notamment : *Patrimoine professionnel. Méthode et perspectives*. 98^e Congrès des notaires de France, Cannes 22-25 septembre 2002.- *Le patrimoine au XXI^e siècle*. 96^e Congrès des notaires de France, Lille 28-31 mai 2000.

¹¹¹ DOM (J.-Ph.) *Les montages en droit des sociétés*. Joly éditions, 1998.

¹¹² V. par exemple : GENTILHOMME (R.) *Démembrement de propriété et société civile*. Thèse Rennes, 1997.- SAINT AFFRIQUE-TIBERGHEN (D. de) *La société civile comme mode d'organisation du patrimoine*. Thèse Paris II, 2002.

¹¹³ V. par exemple les revues *Droit et patrimoine*, *Agora*, *La revue de droit bancaire et financier*, mais encore *La semaine juridique édition notariale*, le *répertoire du notariat Defrénois*, *Actes pratiques*, etc.

¹¹⁴ La société est une fiction juridique. Comme toute fiction, elle renvoie à l'imaginaire, l'invention, l'ingénierie. Les plus grandes innovations sont donc attendues.

¹¹⁵ Au sens noble du terme ! L'aptitude à inventer, créer, imaginer n'est pas donnée à tout le monde. Quant à la capacité à ordonner ses créations en tant que solutions à des problèmes donnés, elle requiert une maîtrise de la multitude des enjeux qui sont tout à la fois juridiques, financiers, fiscaux, sociaux, etc. Il est beaucoup plus difficile de construire une pratique qui assure la pleine sécurité juridique des parties, que de se placer dans une simple optique contentieuse, axée sur la seule critique des solutions retenues. Le rédacteur d'acte connaît seul la responsabilité de devoir gérer l'acquis et d'avoir à anticiper.

¹¹⁶ Ils n'ont pas à revenir à l'essence des techniques contractuelles à chaque fois qu'une question leur est posée. Ils disposent de prêts-à-porter de plus en plus affinés, de plus en plus sophistiqués.

Ce faisant, les auteurs de ces ouvrages prennent acte d'une technique et de son utilisation et ils en illustrent les applications possibles¹¹⁷. Parfois même, ils inventent, ils créent des mécanismes qui en démultiplient les effets¹¹⁸. Toutefois, les conséquences de ces techniques sur le droit des sociétés lui-même restent très en retrait de l'objectif de ces travaux¹¹⁹.

13- Pourtant, le constat soulève des *intérêts théoriques*, et non des moindres.

L'étude des mécanismes sociétaires utilisés à ces fins peut conduire à s'interroger sur la légitimité¹²⁰ de ces démarches au regard du droit des sociétés et du droit commun¹²¹. Il est alors question de cerner les limites de l'ingénierie sociétaire¹²². La question, qui a été longuement étudiée¹²³, présente des intérêts théoriques conséquents, mais constitue un abord négatif de la technique sociétaire¹²⁴.

Aborder la société sous l'angle de l'organisation du patrimoine suggère, au contraire, d'étudier la recherche d'une optimisation. Il s'agit de démontrer les fonctionnalités de la

¹¹⁷ V. à cet égard la thèse de Mme Diane de Saint Affrique-Tiberghien (préc.) qui dresse une synthèse des usages des sociétés civiles dans une optique de gestion puis de transmission.

¹¹⁸ V. les travaux de recherche et d'ingénierie sociétaire menés notamment par Messieurs Aulagnier, Fernoux, Depondt, Gentilhomme (*Op. cit.*), et par Monsieur Bertrel (v. les études régulièrement publiées à la revue *Droit et patrimoine*.)

¹¹⁹ V. toutefois les travaux du Pr. Diener qui portent essentiellement sur les utilisations abusives du droit des sociétés. L'auteur s'applique à redéfinir un nouveau cadre empreint d'éthique à l'ingénierie sociétaire.

¹²⁰ Cette évolution vers la plus grande fonctionnalité est-elle dangereuse pour l'ordre public ? L'intérêt général est-il assuré ? Est-ce que les précautions sont prises contre les abus, les utilisations frauduleuses ? Ces outils juridiques sont incontestablement favorables à l'esprit d'entreprise. Mais à défaut de réglementation, elles imposent au juge de poser les limites.- La légitimité du droit est parfois contestée avec vigueur : v. par exemple : DIENER (P.) *Pathologie juridique et doctrine universitaire en droit des affaires*. D. 1997, chron., p. 147.- C'est principalement la légitimité des pratiques (et implicitement l'absence de sanction législative) qui est contestée.

¹²¹ La technique sociétaire présente des aptitudes à organiser le patrimoine, car ce dernier rassemble davantage de valeurs que de biens. La société elle-même manipule des valeurs. Or la valeur a encore mauvaise presse en France.

¹²² V. la thèse de Madame Cutajar-Rivière (*La société écran*. L.G.D.J., 1998) qui cerne, avec recul, les limites de l'ingénierie sociétaire. Elle s'intéresse aux seules limites de l'écran sociétaire et sa thèse peut laisser penser qu'elle condamne l'emploi de la technique sociétaire dans les montages. Ce n'est pas le cas : elle le rappelle dans l'introduction. Elle met l'accent sur les seules dérives, en recherchant des critères d'identification et en illustrant. Ce faisant, elle légitime corrélativement les autres emplois. V. encore la thèse de Madame Schiller (S.) *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*. L.G.D.J., 2002.

¹²³ V. CUTAJAR-RIVIERE (C.) Thèse préc. L'auteur s'intéresse à la pathologie juridique des « sociétés écran ». - MONSALLIER (M.-C.) *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la S.A.* L.G.D.J., 1998. L'auteur examine ces potentialités à l'aune de l'intérêt social.- SCHILLER (S.) Thèse préc. L'auteur examine les limites à la liberté contractuelle sous l'angle de connexions radicales pouvoir-responsabilité et activité-garantie.

¹²⁴ La nécessité des limites n'est pas niée, elle ne constitue pas la référence de l'étude. En effet, les garde-fous s'appuient généralement sur des concepts fixes du droit commun ou du droit des sociétés, comme par exemple la fraude ou l'intérêt social. A ce stade de la réflexion, il est apparu que l'intérêt social n'était pas un critère intéressant. La notion varie. A la constitution, elle ne peut être rien d'autre que l'intérêt commun des associés. En fonctionnement, elle s'autonomise, mais n'apporte pas d'éclaircissements nouveaux en matière patrimoniale. Les notions d'abus de biens sociaux, etc. sont déjà bien connues.

société¹²⁵. Le sujet invite donc à suivre cette seconde voie, qui est une vision positive de la technique sociétaire¹²⁶.

En conséquence, l'étude de « la société, technique d'organisation du patrimoine » appréhende dans un premier temps une réalité juridique. Elle ne s'attache pas à redéfinir la société. En effet, il paraît méthodologiquement douteux de définir un concept juridique par le seul énoncé de sa fonction. La signification d'un concept est alors confondue avec son utilité ou sa finalité sociale¹²⁷. « Le but d'une institution a son importance, il contribue à caractériser son individualité, mais ne la constitue pas »¹²⁸. L'étude s'attache en revanche à démontrer que la construction du droit des sociétés s'opère aujourd'hui à partir de ses fonctions¹²⁹. La perception de la notion d'utilité a transformé le droit des sociétés.

L'intérêt théorique du sujet, vu sous cet angle, est alors évident : il permet de mettre en lumière les évolutions du droit des sociétés et de s'interroger sur leur opportunité. Jusqu'où faut-il encourager l'instrumentalisation de la société ? L'appréciation de l'opportunité d'une pratique juridique se distingue de la fixation de ses limites. Ces dernières se situent sur le seul terrain légal. La portée juridique est mesurée. Au contraire, *envisager l'opportunité d'une évolution juridique, c'est s'interroger sur sa valeur*. L'exercice est difficile dans la mesure où il peut s'inspirer de critères subjectifs, alors qu'il convient de s'attacher avec objectivité à la constatation de faits. Il est toutefois passionnant, car il redéploie le droit des sociétés dans un contexte global. Il suggère notamment un rééquilibrage de la relation entre le droit et l'économie.

14- Les apports théoriques de cette démarche fonctionnelle et globale peuvent d'ores et déjà s'illustrer en deux points.

¹²⁵ Pour des exemples de travaux qui vont dans ce sens, v. les deux thèses précitées consacrées aux montages juridiques de Messieurs Dom et Poracchia (DOM (J.-Ph.) *Les montages en droit des sociétés*. Op. cit.-PORACCHIA (D.) *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*. P.U.A.M., 1998.)

¹²⁶ L'axe principal de la thèse ne cherche donc pas à en montrer immédiatement les limites, mais à explorer toutes les ressources du droit des sociétés.

¹²⁷ GUTMAN (D.) Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Ressources du langage juridique. In *Archives de philosophie du droit : le droit et l'immatériel*, p. 65 et s. et en particulier p. 75.

¹²⁸ Idée d'appropriation interne défendue par le Pr. HAURIUO.- *Contra* : DIENER (P.) Un abus de personnalité morale. In *Dix ans de droit de l'entreprise*. Librairie technique, 1978, p. 83, n° 5. « La personnalité morale se définit largement par son but ». Remarquons toutefois que le but d'une personne morale est la défense d'intérêts lesquels émanent des constituants de la personne morale. En droit des sociétés, ce but est pour les associés de retirer un avantage : bénéfiques ou économiques. La société, personne morale, se définit donc conformément aux intérêts des associés.

¹²⁹ Le droit des sociétés évolue ainsi selon les fonctions qu'on lui assigne.

En premier lieu, le procédé permet, par exemple, de jeter un regard nouveau sur la classification des sociétés¹³⁰. Il est impossible de dégager une catégorie¹³¹ de sociétés homogène répondant au seul objectif d'organisation du patrimoine. Ce n'est pas une *forme* de société, mais la *technique* sociétaire¹³² qui est utilisée¹³³. Sous cet angle, les sociétés présentent déjà une grande unité malgré leur diversité. Si classifications il y a, elles vont se fonder sur un autre critère¹³⁴ : elles s'appuieront sur leur objet. Ainsi, les sociétés entrepreneuriales¹³⁵ ont pour finalité le développement d'une activité dont le patrimoine n'est que le support, tandis que les sociétés patrimoniales¹³⁶ ont pour unique finalité la gestion du patrimoine, dans sa dimension politique et économique¹³⁷. Au sein des premières, il est encore possible de distinguer entre les sociétés professionnelles et les sociétés industrielles¹³⁸. Or, les sociétés patrimoniales ne sont pas les seules techniques d'organisation du patrimoine. Le patrimoine interagit avec tout type de société, et particulièrement les sociétés entrepreneuriales. C'est alors qu'émerge la notion d'*intuitus patrimonii*, qui intéresse toutes les sociétés. Elle n'est pas un critère pertinent en vue de leur classification¹³⁹.

15- En second lieu, la démarche adoptée permet de souligner les mécanismes de la société qui font l'unité de la technique malgré la diversité de ses formes. Au rang des outils se situent, par exemple, les parts sociales ou actions. L'étude est l'occasion de révéler leurs qualités communes et cette synthèse est l'occasion de les renommer, dans un champ lexical plus proche de la réalité de leur emploi. En effet, leur place dans l'organisation du patrimoine est d'importance puisqu'elles sont le nouveau lien établi entre l'apporteur et le patrimoine une

¹³⁰ Même le clivage entre sociétés faisant appel public à l'épargne et les autres est caduc sous l'angle patrimonial. Sur l'importance de cette distinction au regard de l'avenir du droit des sociétés : v. VIANDIER (A.) *Le droit des sociétés, demain*. J.C.P. éd. E. 2000, p. 3.

¹³¹ ATIAS (Ch.) *Philosophie du droit. Op. cit.*, p. 219. « Les catégories légales des droits n'avaient peut-être pas été conçues comme fermées, exhaustives. Les habitudes se prenant, puis s'imposant, l'imagination semble ici aussi se tarir. »

¹³² La technique sociétaire peut se définir comme le procédé de constitution d'une société et de l'application de son régime juridique aux fins de parvenir à un résultat déterminé.

¹³³ La notion de société patrimoniale est ainsi dégagée et redéfinie.

¹³⁴ Les classifications envisagées reposent donc non pas sur les finalités poursuivies par les associés, mais sur l'objet des sociétés. C'est là une contribution à la distinction entre l'intérêt des associés et l'intérêt social. Sur la pluralité des intérêts, v. CONSTANTIN (A.) *L'intérêt social : quel intérêt ? In Etudes offertes à B. MERCADAL*. Ed. Francis Lefebvre, 2002, p. 303 et s.

¹³⁵ V. *infra* n° 594.

¹³⁶ V. *infra* n° 595.- Le Doyen Ripert, dès 1951, avait démontré que certaines sociétés n'ont « aucune entreprise à gérer ». Il faisait allusion notamment aux sociétés holdings, v. RIPERT (G.) *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. L.G.D.J., 1951, n° 46.

¹³⁷ Etant remarqué que la gestion économique peut être elle-même une activité.

¹³⁸ V. *infra* n° 513.

¹³⁹ *L'intuitus patrimonii* ne s'apprécie d'ailleurs que subjectivement, en analysant les motivations de l'associé, lesquelles ne tiennent pas qu'à l'objet de la société. (Cela contribue à la distinction entre l'objet et la cause).

fois la société constituée. Elles font donc du titulaire du patrimoine un associé ou un actionnaire. Mais elles constituent également une valeur économique de son patrimoine. Il est ainsi fait référence à la fois aux droits politiques et aux droits économiques de l'associé. Dans cette perspective, une dénomination commune de *valeurs sociétaires* est doublement intéressante. En effet, le mot *sociétaire* fait référence à la qualité d'associé qu'octroient ces valeurs au sein de la société. Ce terme était initialement réservé au domaine associatif. En tant que nom commun, le sociétaire est le membre d'une association. On le distingue ainsi de l'associé qui est le membre d'une société¹⁴⁰. Pris comme adjectif, le mot sociétaire recouvre une acception plus large, de plus en plus utilisée par les juristes d'affaires eux-mêmes¹⁴¹. Il fait davantage référence à la spécificité des sociétés que l'adjectif *social*, usité par d'autres branches du droit sans aucune référence à la technique sociétaire¹⁴². Le mot *valeur*, quant à lui, traduit mieux que *droit* ou *titre* la dimension économique de ces biens qui intègrent le patrimoine, y fructifient, etc¹⁴³. Cette nouvelle terminologie est ainsi un clin d'œil à la notion de valeur mobilière, même si celle-ci est plus large puisqu'elle comprend des valeurs qui ne donnent pas la qualité d'associé telles que les obligations ou créances mobilisables. Les valeurs sociétaires n'en constituent d'ailleurs pas une sous-catégorie puisqu'elles ne sont pas toutes négociables¹⁴⁴.

L'étude ne porte donc que sur les valeurs sociétaires et non sur l'ensemble des valeurs mobilières¹⁴⁵. En effet, ces dernières s'écartent de la technique sociétaire : certaines ne donnent pas vocation à une quotité du capital, mais à un droit de créance par exemple¹⁴⁶. De

¹⁴⁰ V. sur ce point : Le Petit Robert, v° sociétaire. *Adde* : Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant. *Op. cit.*, v° sociétaire « 1- membre d'une association. 2- membre d'une compagnie d'acteurs ».

¹⁴¹ Et même par les juges, v. notamment PARIS, 10 décembre 2002. *Dr. sociétés* mars 2003, comm. 51, p. 24 et s. Les juges considèrent que le contrat de travail procède de l'ordre social, et les options de souscription d'actions de l'ordre sociétaire.

¹⁴² On parle de droit social, de droit de la sécurité sociale, d'économie sociale et politique, etc. Mais pourtant d'abus de biens sociaux, d'actif social et de parts sociales... V. Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant. *Op. cit.*, v° social. Seul le sens 4 se réfère à la société : « qui se rapporte à la société, qui lui appartient ».

¹⁴³ L'intérêt de l'organisation sous forme sociétaire du patrimoine réside pour une grande partie dans une vision objective du lien unissant l'homme à la société, c'est-à-dire l'apparition d'un nouveau bien dans le patrimoine de l'associé. La dénomination *valeur sociétaire* souligne l'intérêt marchand du bien concerné. Dès 195, le Doyen Ripert évoque « les nouvelles richesses » que constituent les richesses mobilières : RIPERT (G.) *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. L.G.D.J., 1951, n° 54.

¹⁴⁴ Ainsi, les parts sociales ne sont pas des valeurs négociables.

¹⁴⁵ Elles sont définies à l'art. L 211-2 C. mon. : « Constituent des valeurs mobilières les titres émis par des personnes morales publiques ou privées, transmissibles par inscription en compte ou tradition, qui confèrent des droits identiques par catégorie et donnent accès, directement ou indirectement, à une quotité du capital de la personne morale émettrice ou à un droit de créance général sur son patrimoine ». - Pour la difficile définition de la notion de valeurs mobilières, v. REYGROBELLET (A.) *La notion de valeur mobilière*. Thèse Paris II, 1995, p. 10 et s., n° 9 et s. - LE CANNU (P.) *L'ambiguïté d'un concept négatif : les valeurs mobilières*. Bull. July 1993, p. 395.

¹⁴⁶ Lequel ne donne pas vocation à la qualité d'associé ou actionnaire.

surcroît, le législateur a classé dans la catégorie des valeurs mobilières, les fonds communs de placements ou de créances. Ces derniers sont des copropriétés de valeurs mobilières, qui n'ont pas la personnalité morale¹⁴⁷.

La spécificité des valeurs sociétaires par rapport à d'autres valeurs mobilières est qu'elles intègrent une dimension politique¹⁴⁸ et pas seulement économique. Le pouvoir est corrélatif au titre¹⁴⁹. Grâce à ces deux atouts, elles constituent une notion centrale du droit des sociétés¹⁵⁰.

Ainsi les intérêts incontestables du sujet suscitent des recherches fondamentales et des discussions fructueuses.

16- L'évolution du droit au XX^e siècle¹⁵¹ a mis en relief l'idée maîtresse du sujet : le droit est instrumentalisé pour servir des besoins. La ligne directrice de l'étude se nourrit de la fonctionnalité avérée de la société.

L'évidence d'un droit des sociétés universalisé¹⁵² s'impose. La société est devenue une technique apte à servir d'autres desseins que l'entreprise¹⁵³. Elle est pluri-fonctionnelle. Elle est un peu le couteau suisse du droit. Elle doit répondre en même temps à une multitude de besoins, parfois contradictoires¹⁵⁴.

¹⁴⁷ Deux arguments les distinguent avec force des sociétés. L'art. L 214-20 C. mon. dispose : « Le fonds commun de placement qui n'a pas la personnalité morale, est une copropriété de valeurs mobilières dont les parts sont émises ou rachetées à la demande des porteurs à la valeur liquidative majorée ou diminuée, selon les cas, des frais et commissions (...) ». En revanche, elles tissent des liens avec des sociétés - notamment des sociétés de gestion - afin de mener à bien leur mission. V. *infra* n° 647.

¹⁴⁸ L'adjectif *politique* est pris ici dans son acception relative au pouvoir. V. Le Petit Robert, v° politique sens IA. Une gestion politique est une gestion relative à l'organisation et l'exercice du pouvoir dans la société. La référence à ce terme, qui s'applique normalement à un Etat, suit finalement une logique comparable à l'utilisation du mot gouvernement en droit des sociétés.

¹⁴⁹ V. sur ce point : PAILLUSSEAU (J.) *Entreprise, société, actionnaires, salariés. Quels rapports ?* D. 1999, p. 157, notamment n° 4 à 6. L'auteur observe que l'on assistait jusqu'alors à une séparation entre la propriété du capital et le pouvoir, ce dernier étant confié aux dirigeants. Ce modèle d'organisation se modifie avec l'apparition d'investisseurs institutionnels (fonds de pension, organismes d'assurance, intermédiaires financiers, fonds spéculatifs), qui inversent les rapports de force.

¹⁵⁰ Cette analyse se rapproche de celle concernant les valeurs mobilières. Ainsi certains auteurs ont décelé l'importance des valeurs mobilières dans le droit des sociétés (leur influence et leur développement) au point qu'un auteur s'est demandé si le droit des sociétés n'était pas devenu un droit des valeurs mobilières. V. PONTAVICE (E. du.) *Le droit des sociétés en question*. R.J. com. 1989, p. 243.

¹⁵¹ Que certains ont qualifié d'« extraordinaire ». V. DAUBLON (G.) *Regards sur le vingtième siècle*. Defrénois 2001, n° 37277 et spécialement n° 21 et s.

¹⁵² Sans mauvais jeu de mot faisant allusion à l'affaire « Messier et *Universal* »...

¹⁵³ L'Ecole de Rennes avait très tôt pressenti l'utilité de la technique sociétaire. Elle a axé la technique sociétaire sur l'organisation de l'entreprise envisagée sous l'angle de ses différents acteurs. En constatant que la société organise le patrimoine, une vision utilitaire du droit - et plus encore du droit des sociétés - est de la même manière constatée et en aucun cas incompatible avec l'objectif entrepreneurial décrit par l'Ecole de Rennes, car l'objectif d'organisation du patrimoine est souvent concomitant à d'autres tels que l'organisation de l'entreprise ou du partenariat.

¹⁵⁴ Besoin de sécurité et d'investissement par exemple.

La technique sociétaire sert d'autant plus aisément l'organisation du patrimoine, que société et patrimoine imposent la considération de composants quantifiables, de composants qui ont une valeur économique. En effet, la nature profonde de la société, au sens juridique du terme, est de réaliser des bénéfices ou des économies¹⁵⁵. La recherche de création de valeur, expression contemporaine du monde financier¹⁵⁶, contamine l'univers des sociétés. Patrimoine et société s'intéressent aux mêmes valeurs et renvoient à des références économiques. Ce dénominateur commun justifie le rôle joué par la technique sociétaire à l'égard du patrimoine.

17- Quelles sont alors les préoccupations patrimoniales à satisfaire ?

D'abord, il apparaît que la considération patrimoniale est souvent une question individuelle. Elle est quelquefois le souci d'un groupe, familial ou professionnel¹⁵⁷.

Ensuite, la conservation du patrimoine est prioritairement recherchée. Ce souci se manifeste de différentes manières. Par exemple, il est entrepris de protéger le patrimoine de l'action des créanciers ou des prélèvements fiscaux. Il est encore envisagé de maintenir son intégrité à l'occasion d'une transmission, le plus souvent successorale. La conservation n'intègre pas qu'une optique quantitative. Ce n'est pas seulement le contenu du patrimoine que l'on cherche à préserver, c'est parfois la détention du patrimoine qui est directement en cause. Il s'agit de savoir comment conserver une emprise, un pouvoir sur un patrimoine.

Enfin, les perspectives se font parfois plus dynamiques. La conservation seule ne contente plus, on cherche à accroître la valeur du patrimoine. Les questions se posent alors de savoir comment se constituer un patrimoine, comment le faire fructifier, comment en optimiser le rendement.

Les objectifs patrimoniaux identifiés sont rarement poursuivis isolément. Au contraire, plusieurs buts sont souvent associés. C'est qu'en réalité, il est surtout recherché une nouvelle organisation du patrimoine : une structure valorisante du patrimoine.

¹⁵⁵ Art. 1832 C. civ. cité *supra* n° 3.

¹⁵⁶ BAJ (C.) Les modes de prises de contrôle. R.J. com. n° spécial novembre 1998, p. 35.

¹⁵⁷ Ainsi, pour une société entrepreneuriale, l'organisation de son patrimoine peut être une clé de son développement. En particulier, la séparation de l'actif d'exploitation et de l'actif immobilier est fréquemment conseillée. L'organisation patrimoniale conserve toutefois un impact modeste sur les succès futurs de ces sociétés. D'autres facteurs sont décisifs. Ainsi, pour une société entrepreneuriale, certains éléments relèvent d'une sphère plus abstraite : la capacité à innover, l'enthousiasme des collaborateurs, la qualité de l'organisation. V. l'ouvrage de Messieurs EDVINSSON (L.) et MALONE (M.) *Le capital immatériel de l'entreprise*. Maxima, 1999.

18- La technique sociétaire présente les aptitudes nécessaires à la satisfaction de ces préoccupations patrimoniales. Le droit des sociétés s'est en partie élaboré à partir de la considération directe des faits¹⁵⁸. Ce réalisme lui procure des qualités uniques d'adaptation. Deux caractères essentiels contribuent à l'organisation : la société est une personne morale et elle donne lieu à l'attribution de valeurs sociétaires. A leur manière, ces éléments favorisent tantôt un nouvel agencement du patrimoine tantôt une meilleure valorisation du patrimoine. Mais il est impossible de dire que tel caractère procure telle solution unique. Les valeurs sociétaires, par exemple, permettent, à la fois, de structurer le patrimoine en modifiant son mode de détention et de le faire fructifier.

C'est la société, dans sa globalité, qui favorise l'organisation. Elle structure pour obtenir un meilleur état. Elle correspond à la définition même de l'organisation¹⁵⁹.

19- La société structure, ordonne le patrimoine.

La structuration se constate à deux niveaux¹⁶⁰. Au niveau externe, le patrimoine est regardé dans sa globalité et par rapport à d'autres affectations possibles. La technique sociétaire réalise une séparation du patrimoine à affecter. La société permet alors d'isoler des éléments patrimoniaux, le plus souvent dans une optique de protection.

Au niveau interne, le patrimoine est regardé dans sa composition¹⁶¹. La société modifie le mode d'administration du patrimoine. Après apport des biens, le titulaire du patrimoine dispose d'un nouveau mode de détention qui diffère de la propriété initiale. La nature de ses droits a changé, et cela, souvent, dans une optique de transmission du patrimoine.

20 - Ces nouveaux aménagements améliorent l'état du patrimoine.

En le structurant, la société valorise le patrimoine. Les nouvelles formes incarnant le patrimoine présentent des aptitudes particulières à la croissance. La société permet ainsi de se constituer un patrimoine *ex nihilo* en opérant une patrimonialisation de la force de travail. Elle est également un mode de fructification du patrimoine.

¹⁵⁸ C'est l'opinion défendue par l'Ecole de Rennes.

¹⁵⁹ V. *supra* les définitions du mot *organiser* n° 6.

¹⁶⁰ L'organisation par la personnalité morale se fait en externe et en interne. On rejoint ainsi l'idée de Thaller qui déduisait déjà que la société avait une personnalité interne et externe. V. sur ce point : DIDIER (P.). *Droit commercial. Tome 2. L'entreprise en société*. PUF, 1999, p. 76.

¹⁶¹ La construction est analogue à celle d'une maison, pour laquelle les fondations et murs extérieurs sont construits avant de bâtir les cloisons de desserte des pièces. S'agissant du patrimoine, avant d'optimiser sa gestion, il faut le mettre à l'abri des risques élémentaires.

La société renforce encore le patrimoine face aux contraintes fiscales. Elle optimise sa situation par rapport aux contributions¹⁶². Elle ménage une paix fiscale aux revenus du patrimoine et construit même des économies fiscales pour les valeurs du patrimoine.

Ces effets secondaires valorisants de la structuration sont tout aussi recherchés que l'aménagement effectué par la société.

21- La société permet donc de répondre à l'ensemble des préoccupations patrimoniales. Elle satisfait ces besoins car elle réalise une véritable organisation du patrimoine. Elle parvient à ordonnancer le patrimoine différemment et, ce faisant, elle l'enrichit. La société est donc une technique de structuration du patrimoine (première partie) et de valorisation du patrimoine (seconde partie).

¹⁶² Il est choisi de traiter de la fiscalité dans un titre autonome. En effet, l'organisation postule la poursuite d'optimisations diverses. L'arbitrage entre les diverses solutions proposées appartient à l'usager de la technique. Il ne se place pas face à une palette de réponses, il énonce d'abord ses besoins et établit ainsi une priorité. Ainsi, selon l'ordre retenu, l'organisation finale diffère. La question fiscale est une des optimisations possibles, au même titre que la séparation, l'administration ou la fructification du patrimoine.

PREMIERE PARTIE

La société, technique de structuration du patrimoine

22- Les hommes se servent de normes juridiques pour assurer un ordre au monde dans lequel ils vivent. Cet ordre assure « la stabilité dont ils tirent un sentiment de paix et de sécurité »¹. Les normes structurent et sécurisent en garantissant un ordre social. Ce désir de conserver l'acquis se retrouve naturellement au niveau patrimonial. L'organisation du patrimoine a notamment pour objet de le structurer afin de le préserver.

23- L'emploi de la technique sociétaire entraîne l'application d'une multitude de dispositions tenant à la constitution, au fonctionnement de la société et même à sa mort. Elles encadrent l'usage des biens affectés à la société. Il est possible de mettre à profit ces règles au service de la structuration du patrimoine. Deux conséquences de la constitution d'une société sont d'une importance fondamentale en vue de cet objectif : la personnalité morale et les valeurs sociétaires².

24- En premier lieu, la technique sociétaire s'emploie au niveau de la structure externe du patrimoine. Elle permet de séparer des patrimoines affectés à des usages différents et de déroger ainsi au principe d'unicité du patrimoine. La société agit comme une technique de séparation du patrimoine³ (titre 1).

En second lieu, la technique sociétaire s'utilise au niveau de la structure interne du patrimoine. Le lien qui unit la personne physique et le patrimoine change de nature du fait de l'interposition de la société. Cette modification influe sur le mode de gestion politique du patrimoine. La société agit alors comme une technique d'administration du patrimoine (titre 2).

¹ CHAMPAUD (Cl.) Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit. In *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de G. FARJAT*, Frison-Roche, 1999, p. 85.

² La justification de cette terminologie aux lieu et place des classiques termes « valeurs mobilières », « titres sociaux », ou « droits sociaux » est donnée *supra* n° 15.

³ La séparation du patrimoine de son titulaire initial laisse apparaître alors deux patrimoines distincts. La société permet l'affectation du patrimoine en question. Elle matérialise la séparation de ce patrimoine affecté du patrimoine global initial dans lequel il était fondu.

TITRE 1

La séparation du patrimoine

25- Les sociétés peuvent se concevoir comme un bouclier, un moyen de protéger le patrimoine menacé d'empiètement. En effet, en droit français, le patrimoine est soumis au droit de gage général des créanciers. Il est possible de considérer qu'il est perpétuellement en danger.

26- C'est toujours le fait de l'homme qui provoque directement ou indirectement l'atteinte, car il est responsable de ses faits et actes sur son patrimoine. Le mot *responsabilité* vient du latin *respondere* « se porter garant »⁴. En droit, la responsabilité est l'obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences⁵. Le patrimoine supporte le poids de la responsabilité, car le responsable du dommage devra verser des dommages-intérêts⁶.

27- Certaines activités peuvent présenter un caractère plus ou moins audacieux, et engager ainsi, à leur mesure, la responsabilité de leur auteur. C'est le cas de la création d'entreprise, qui, toute courageuse qu'elle soit, peut s'avérer hasardeuse et échouer. Il est dès lors légitime, pour l'entrepreneur, de souhaiter limiter sa responsabilité et protéger une fraction de son patrimoine. Plusieurs types de difficultés peuvent générer la mise en cause de la responsabilité : le défaut de paiement d'une dette, un dommage causé par un produit défectueux, etc. Dans tous les cas, l'entrepreneur individuel en répond sur son entier

⁴ GIRARD (P.) *Manuel élémentaire de droit romain*. Librairie A. Rousseau, 1924, p. 415, note 1.

⁵ CORNU (G.) *Vocabulaire juridique*. Association Henri Capitant, PUF, 2002, v° responsabilité I (sens gén.)

⁶ Si l'atténuation de cette responsabilité a été aménagée à l'aide des systèmes d'assurance [v. notamment : PIERRE (Ph.) *Vers un droit des accidents. Contribution à l'étude du report de responsabilité civile sur l'assurance privée*. Thèse Rennes I, 1992], il n'en reste pas moins que sur le terrain judiciaire, un comportement dommageable peut être sanctionné rapidement. En témoignent les procédures devant le juge des référés. Les auteurs ne sont pas d'accord sur les bases d'un nouveau système de responsabilité. Les débats sur le fondement de la responsabilité se situent toujours entre théorie de la faute, du risque et de la garantie [v. notamment : STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.) *Les obligations. Responsabilité délictuelle*. Litec, 1996, n° 44 et s.- VINEY (G.) et JOURDAIN (P.) *Les conditions de la responsabilité (les obligations)*. Volume 2. *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*. L.G.D.J., 1998, n° 48 et s.]. En la matière, « le pragmatisme progresse et l'ambiguïté est totale » [TUNC (A.) *La responsabilité civile*. *Economica*, 1989, p. 11, n° 5]. On peut minimiser l'antinomie entre les différentes théories, qui, au final, se soutiennent et permettent ensemble de maintenir l'ordre social [v. en ce sens : CARBONNIER (J.) *Droit civil. Les obligations*, PUF, 2000, n° 203].

patrimoine, privé comme professionnel. Il convient alors de *séparer le patrimoine, affecté à l'activité, de son titulaire*. L'utilisation de la technique sociétaire pour protéger le patrimoine privé des risques de la vie des affaires est l'exemple pratique le plus courant. Il n'est pas un manuel ou traité de droit des sociétés qui ne rappelle l'intérêt des sociétés à responsabilité limitée face à la situation de l'entrepreneur individuel⁷. La technique sociétaire permet d'organiser le patrimoine de manière à ce qu'il ne soit pas trop grevé. Elle permet d'isoler le patrimoine de l'entrepreneur en séparant l'activité génératrice de risques des autres biens. Cet isolement a pour effet de protéger les patrimoines les uns des autres.

28- À défaut d'organisation, le patrimoine est donc soumis à des dangers dus au principe de responsabilité. La structuration, qui consiste à créer une séparation des patrimoines, peut se faire à l'aide de la technique sociétaire. D'une part, la constitution d'une société permet d'isoler le patrimoine (chapitre 1). D'autre part, le fonctionnement de la société permet d'assurer une protection de ce patrimoine (chapitre 2).

⁷ V. par exemple : RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Traité de droit commercial. Tome 1, volume 2. Les sociétés commerciales*. Par M. GERMAIN, L.G.D.J., 2002, n° 1056-3.- GUYON (Y.) *Droit des affaires. Tome 1. Droit commercial général et sociétés*. Economica, 2001, n° 94 et 101.- COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.) *Droit des sociétés*. Litec, 2002, n° 30 et s.- MERLE (Ph.) *Droit commercial. Sociétés commerciales*. Dalloz, 2001, n° 4 et s.- VIDAL (D.) *Droit des sociétés*. L.G.D.J., 2001, n° 15 et s.- LEGEAIS (D.) *Droit commercial et des affaires*. Armand Colin, 2000, n° 254.- JUGLART (M. de), IPPOLITO (B.) *Cours de droit commercial. Les sociétés commerciales. Tome 2*. Par J. DUPICHOT. Montchrestien, 1999, n° 3.- DIDIER (P.) *Droit commercial. Tome 2. Les entreprises en société. Les groupes de sociétés*. PUF, 1999, p. 42 et s.- ALFANDARI (F.) *Droit des affaires*. Litec, 1993, n° 264.- JEANTIN (M.) *Droit des sociétés*. Montchrestien, 1994, n° 3 et s.

CHAPITRE 1

L'isolement du patrimoine

29- Le recours à la société pour isoler un patrimoine affecté peut paraître d'une technicité extrême. L'arsenal juridique pourrait, peut-être, permettre d'organiser la protection d'une manière plus simple. Il convient donc d'exposer d'abord les fondements du recours à la technique sociétaire (section 1). La légitimité de cet emploi de la société étant toutefois discutée, il s'agit de cerner ensuite les limites à la constitution d'une telle société (section 2).

SECTION 1

Les fondements du recours à la technique sociétaire pour isoler le patrimoine

30- La théorie du patrimoine en droit français ne permet pas à une personne de disposer de plusieurs patrimoines autonomes (paragraphe 1). Le recours à la technique sociétaire se justifie donc par la personnalité morale qu'elle octroie et qui lui permet de créer un nouveau patrimoine affecté (paragraphe 2).

Paragraphe 1 - La difficile évolution de la théorie du patrimoine en droit français

31- Le recours à la personnalité morale ne s'est imposé qu'après le constat d'échec d'évolution de la théorie du patrimoine en droit positif⁶. La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau postule l'unicité du patrimoine, c'est-à-dire la nécessaire relation patrimoine - personnalité. Elle est, par essence, défavorable au titulaire du patrimoine puisqu'il va répondre de ses dettes sur tout son patrimoine, sans pouvoir en protéger une partie (A). La théorie du patrimoine d'affectation a tenté de corriger cet inconvénient, mais elle n'a pas été reçue en France (B).

⁶ Le débat sur la théorie du patrimoine a récemment ressurgi à l'occasion de la discussion de la loi pour l'initiative économique. Le projet de loi envisageait d'intégrer dans notre droit la théorie du patrimoine d'affectation afin de protéger les petits entrepreneurs individuels. V. Projet de loi « Agir pour l'initiative économique » : <http://www.premier-ministre.gouv.fr> ou <http://www.pme-commerce-artisanat.gouv.fr>. Et notamment les mesures annoncées à Lyon le 7 octobre 2002 par le Ministre Renaud Dutreil. Doc. A.N. n° 507. Sur la question, v. *infra* n° 49.

A – L’empreinte indélébile de la théorie d’Aubry et Rau⁹

32- La définition et les caractères du patrimoine selon la théorie d’Aubry et Rau doivent être dégagés (1) avant d’encourir la critique tout particulièrement au regard du principe d’unicité du patrimoine (2).

1 – La définition et les caractères du patrimoine selon la théorie d’Aubry et Rau

33- Aubry et Rau ont été inspirés par les théories de l’Allemand Zachariae dont ils traduisaient l’ouvrage de droit civil français. Ils déduisirent des articles 2092 et 2093 du Code civil une définition du patrimoine¹⁰ : « Le patrimoine est l’ensemble des biens d’une personne, envisagé comme formant une universalité de droit ». Ces auteurs ont donc fait du patrimoine une pure abstraction, une universalité de droit, indivisible et indestructible¹¹, dont le caractère principal est son lien intime avec la personne qui en est titulaire. Le patrimoine est l’émanation de la personne, seule susceptible d’être sujet de droits et obligations. Ainsi l’unité du patrimoine résulte de sa soumission « au libre arbitre d’une seule et même volonté »¹².

34- Le patrimoine est considéré comme une projection économique de la personne et cette liaison commande trois conséquences :

- Tout patrimoine suppose nécessairement un sujet de droit qui en est titulaire : une personne physique ou morale.

- Toute personne a nécessairement un patrimoine. Toute personne a vocation à être sujet de droits et d’obligations. Ainsi, elle a un patrimoine, même s’il n’est qu’en devenir voire négatif. C’est la potentialité qui compte et il est intransmissible entre vifs. Cette pure abstraction tranche considérablement avec la conception courante du patrimoine, qui suggère une certaine richesse, ou au moins un avoir. La virtualité du patrimoine d’Aubry et Rau a

⁹ Claude WITZ souligne dans le fasc. 80 (n° 10) du Juris-classeur civil art. 2092, que « rarement une analyse doctrinale n’aura eu autant de rayonnement ».

¹⁰ AUBRY (C.) et RAU (C.) *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae. T. VI. Marchal*, § 573, p. 229.

¹¹ SEVE (R.) Déterminations philosophiques d’une théorie juridique : la théorie du patrimoine d’Aubry et Rau. *In Les Biens et les choses. Archives de philosophie du droit, T. 24.* Sirey, 1979, p. 248.

¹² CARBONNIER (J.) *Droit civil. Les Biens.* PUF, 2000, n° 4.

conduit à la naissance d'un courant doctrinal plus réaliste, pour lequel « le patrimoine évolue dans le domaine de l'avoir et non de l'être » et doit se limiter à l'ensemble des seuls biens¹³.

- Enfin, une personne n'a nécessairement qu'un patrimoine : l'unicité du patrimoine est la règle fondamentale. Une aptitude ne se fractionne pas¹⁴. Elle empêche qu'une masse de biens puisse être isolée en un patrimoine distinct. La valeur didactique de ce principe trouve sa source dans le droit de gage général des créanciers. Quiconque s'est obligé personnellement doit répondre de ses engagements sur l'ensemble de ses biens. On ne peut soustraire une fraction du patrimoine au droit de gage du créancier. La seule solution est de hiérarchiser les droits des créanciers sur ce patrimoine¹⁵. C'est en fait un « précepte de morale sociale »¹⁶. Le principe de responsabilité civile n'a pas qu'une fonction de réparation, il remplit aussi celles de rétribution et plus encore de prévention¹⁷. Le débiteur peut légitimement craindre la sanction pécuniaire que son irresponsabilité engendre. Ainsi, il doit assurer le paiement de ses dettes ; il doit garantir ses actes. Ceci interdit de soumettre certains biens à un régime particulier, ou de les affecter au paiement de certaines dettes, en dehors de l'hypothèse de la constitution de sûretés. Le patrimoine doit rester indivisible. La fluctuation de ses composants peut ainsi jouer en faveur ou défaveur du créancier¹⁸.

35- Plus qu'une explication ayant valeur scientifique, la théorie d'Aubry et Rau est davantage une affirmation¹⁹, mais elle a séduit le monde du crédit chirographaire et de la banque²⁰. L'impact économique de ce précepte est conséquent. Il influence considérablement le crédit et l'activité bancaire. Il participe également au renforcement de la portée des

¹³ SERIAUX (A.) Brèves notations civilistes sur le verbe avoir. R.T.D. civ. 1994, p. 801.- V. également Rép. Dalloz civil, v° patrimoine, décembre 2002.

¹⁴ GHESTIN (J.), GOUBEUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.) Traité de droit civil. Introduction générale. L.G.D.J., 1997, n° 209.

¹⁵ Les sûretés permettent d'attribuer un droit particulier aux créanciers sur certains biens. Il s'agit d'une technique qui, sans porter atteinte au principe d'unité du patrimoine, confère un avantage à certains créanciers : un droit de préférence. La sûreté réalise ainsi une affectation conditionnelle du bien. L'exemple le plus explicite est la garantie que l'on peut prendre sur un fonds de commerce (nantissement.) Cette garantie reconnaît cette universalité. L'indépendance est admise pour autant qu'il s'agisse d'un droit de préférence. V. sur ce point MESTRE (J.), PUTMAN (E.) et BILLIAU (M.) Droit commun des sûretés réelles. Théorie générale. Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. L.G.D.J., 1996, n° 95 et s. spécialement n° 106. Une autre forme de hiérarchie est organisée lors de l'ouverture d'une procédure collective : certaines personnes dont la créance est née postérieurement seront payées par préférence à ceux dont la créance est née antérieurement.

¹⁶ GRIMALDI (M.) et REYNIS (B.) Brèves réflexions d'avant-congrès sur le patrimoine professionnel. Defrénois 1987, art. 33947, n° 1.

¹⁷ LE TOURNEAU (P.) et CADIET (L.) Droit de la responsabilité et des contrats. Dalloz Action, 2002/2003, n° 3.

¹⁸ V. RAIMON (M.) Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé, L.G.D.J., 2002.

¹⁹ STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.) Introduction au droit. Litec, 2000, n° 1376.

²⁰ CARBONNIER (J.) Droit civil. Les Biens. Op. cit., n° 8.

conventions²¹. Ce principe a donc facilement imprégné notre droit positif, jusqu'à prendre dans l'esprit des juristes la valeur d'un principe de droit²². Il n'est pas un praticien qui méconnaît ce principe. C'est une « loi théorique », qui rassemble sous sa juridiction et fait preuve d'un pouvoir explicatif²³. Il a profondément influencé les concepts de droits fondamentaux et notamment de droit des affaires²⁴. Pourtant, tout comme la théorie d'Aubry et Rau dans son ensemble²⁵, il a subi des critiques.

2 – La critique du principe d'unicité du patrimoine

36- Aubry et Rau, auteurs d'une école libérale, faisaient reposer le droit sur la personne et la volonté. Ils adoptaient une « optique individualiste à l'évidence marquée du sceau de la société post-révolutionnaire pour laquelle la notion de propriété était sacrée »²⁶. Une doctrine d'inspiration sociale souleva l'égoïsme de leur théorie. Avec le développement de l'idée de socialisation du droit de propriété, stigmatisée par Duguit, défenseur de la « propriété - fonction sociale », on aboutit à envisager les propriétés sans maître, et donc le patrimoine sans maître²⁷.

37- Au delà de ces débats, les limites de la théorie d'Aubry et Rau résident dans son manque de conformité à la réalité du droit positif, et les auteurs eux-mêmes sont revenus sur leur position catégorique dans leurs dernières éditions²⁸. Ainsi, il existe des hypothèses dans lesquelles une même personne est à la tête de deux patrimoines (l'héritier qui a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire, le grevé des substitutions fidéicommissaires admises), ou dans lesquelles le patrimoine d'une personne est scindé en plusieurs masses ayant un régime juridique distinct (en régime de communauté, le patrimoine propre et le patrimoine

²¹ DAUBLON (G.) *Remarques sur l'E.U.R.L.* Defrénois 1986, art. 33641, n° 13.

²² MORVAN (P.) *Le principe de droit privé*. Ed. Panthéon-Assas, 1999.

²³ SEVE (R.) Art. préc.

²⁴ HILAIRE (J.) *Introduction historique au droit commercial*. PUF, 1986, p. 165 et s. L'unicité du patrimoine explique notamment que la société fasse écran.

²⁵ V. notamment : JALLU (O.) *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*. Thèse Paris, 1902.- PLASTARA (G.) *La notion juridique de patrimoine*. Thèse Paris, 1903.- GAZIN (H.) *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la théorie classique*. Thèse Dijon, 1910.- SPETH (F.) *La divisibilité du patrimoine dans l'entreprise d'une personne*. Thèse Liège-Paris, 1957.- REMPLIER (J.-P.) *L'individu et son patrimoine*. Thèse Paris, 1961.- FROMION-HEBRARD (B.) *Essai sur le patrimoine en droit privé*. Thèse Paris II, 1998.- HIEZ (D.) *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*. Thèse Paris XII, 2000.

²⁶ COHET (Fr.) *Patrimoine et entreprise*. Thèse Grenoble, 1993, p. 37, n° 65.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ AUBRY (C.) et RAU (C.) *Op. cit.*, p. 234.

commun). Une catégorie de biens insaisissables émerge également²⁹. Ces situations juridiques postulent la divisibilité du patrimoine, et dans certains cas sa transmissibilité³⁰. Dans chacun de ces exemples, la convenance³¹ est le fondement de la dérogation.

38- Monsieur Zénati souligne de surcroît qu'il n'est pas impossible d'avoir plusieurs patrimoines³², puisque l'article 2092 du Code civil n'est pas d'ordre public. Débiteurs et créanciers peuvent ainsi convenir que certains biens échapperont au droit de gage général. Cette observation est toutefois théorique, car la lourdeur des formalités³³ à mettre en œuvre pour parvenir à une limitation de responsabilité fiable n'a d'égale que la faible opportunité de rencontrer un créancier qui acceptera de se passer d'un droit de gage général. La notion de patrimoine y perd d'ailleurs tout son intérêt. L'observation souligne toutefois qu'il n'est ici nullement besoin de technique sociétaire, ni de multiplier les patrimoines, pour cloisonner des biens et limiter la responsabilité.

39- Certains auteurs n'hésitent pas à enseigner que la théorie du patrimoine liée à la personnalité repose sur une « base scientifique fautive et conduit à des conséquences pratiques regrettables »³⁴. « Les biens extérieurs ne sont considérés par le droit que dans leurs relations avec les fins poursuivies par l'homme, les fins étant multiples, une théorie unitaire du patrimoine ne saurait suffire ». Cette expression, maintes fois reprise³⁵, relie la théorie à la pratique, en considérant son utilité. Elle permet de mesurer les conséquences pratiques de l'affirmation d'Aubry et Rau. A cet égard, la critique la plus courante fut de contester l'unicité

²⁹ Par exemple, en droit des successions, les biens de famille insaisissables constituent une dérogation à l'article 2092 du Code civil. L'institution est inusitée, mais elle fait plus généralement référence aux insaisissabilités prévues par le Code civil qui créent véritablement une catégorie, une masse de biens distincts au sein du patrimoine.

³⁰ V. par exemple, s'agissant de la transmission universelle du patrimoine d'une société : JEANTIN (M.) La transmission universelle du patrimoine d'une société. In *Mélanges offerts à Jean Derrupé*, Litec, 1991, p. 287 et s. V. l'impact de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001. Nouvelles régulations économiques. L'art. 103 de la loi dispose que la transmission universelle du patrimoine ne se fait pas lorsque l'associé unique est une personne physique. Sur l'ensemble de la question, v. *infra* n° 235 et s.- V. encore s'agissant des donations de biens à venir : MAZEAUD (H., J. et L.) et CHABAS (Fr.) *Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit. Tome 1, volume 1*. Montchrestien, 2000, n° 291.

³¹ Cette convenance s'échelonne des besoins élémentaires (aliments, vêtements), avec les dispositions concernant l'insaisissabilité, à des besoins plus conjoncturels (droit des successions).

³² ZENATI (Fr.) et REVET (Th.) *Les Biens*. PUF, 1997, n° 6.

³³ La rédaction d'actes juridiques, l'organisation d'une publicité, par exemple.

³⁴ STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.) *Introduction au droit. Op. cit.*, n° 1387.

³⁵ COHET-CORDEY (Fr.) La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français. R.T.D. civ. 1996, p. 819, n° 2. L'auteur souligne que la paternité de cette formule est difficile à établir. Elle renvoie notamment à PICARD (J.-F.) Le patrimoine professionnel de l'exploitation individuelle. R.J.F. 1981, chron., p. 447.- GUINCHARD (S.) *L'affectation des biens en droit privé français*. L.G.D.J., 1976.- GRIMALDI (M.) et REYNIS (B.) Brèves réflexions d'avant congrès sur le patrimoine professionnel. Defrénois 1987 p. 587.

du patrimoine pour détacher du patrimoine civil un patrimoine professionnel³⁶. Il a été remarqué que cette règle gênait l'activité économique de l'entreprise comme celle de la personne privée³⁷. Les financiers et gestionnaires, bien plus que les juristes, ont une conception instrumentalisée³⁸ du droit : il doit servir au mieux les intérêts et projets. C'est toute la question du rôle du patrimoine. Il est le support d'une activité et souvent cette dernière tolère mal le manque de souplesse généré par le principe d'unicité de patrimoine. Il a d'ailleurs également reproché à la théorie d'Aubry et Rau d'être un frein au développement des fondations³⁹.

40- Enfin, le principe d'unicité du patrimoine présente notamment des carences lorsque, au sujet d'un même bien ou groupe de biens, il existe une dualité de volontés⁴⁰ (par exemple un tuteur et un mineur). C'est la critique de Jhering qui milite pour une théorie volontariste du patrimoine⁴¹.

41- En fait, c'est globalement l'initiative privée qui est bridée par le principe d'unicité du patrimoine. Si la pratique n'a eu de cesse de chercher un moyen de contourner ce principe, c'est que seules quelques rares exceptions législatives l'ont tempéré. Parmi ces cas, l'on peut citer les patrimoines sans titularité personnifiée (fonds commun de placement ou de créance⁴²), les titulaires sans patrimoine (sociétés de quirataires⁴³), et les titulaires de plusieurs patrimoines (*de lege feranda*, la fiducie⁴⁴).

³⁶ CATALA (P.) *Couple et modernité : gestion et transmission du patrimoine*. Defrénois 1988, art. 34305, n° 3.

³⁷ DESPAX (M.) *L'entreprise et le droit*. L.G.D.J., 1957. L'auteur démontre que cette règle est une entrave à une notion juridique d'entreprise.

³⁸ *Sociologie juridique du patrimoine : la réalité de la règle de l'unicité du patrimoine*. Rapport général de recherche sous la direction de Marie-Anne FRISON-ROCHE. Laboratoire de sociologie juridique de l'Université de Paris II, 1995, v. notamment sur le thème de l'instrumentalisation du droit, n° 27 et s.

³⁹ C'est aujourd'hui une apparente concession à la théorie du patrimoine d'affectation, puisque la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat permet désormais « l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif » (art. 18.) En réalité, les biens tomberont toujours entre les mains d'une personne morale chargée de veiller à la réalisation de ces œuvres.

⁴⁰ SEVE (R.) Art. préc.

⁴¹ JHERING (R. von) *Der Zweck im Recht*. 1893, cité notamment par SEVE (R.) Art. préc., p. 256.

⁴² Ces fonds, gérés par une société de gestion, n'ont pas la personnalité morale, mais ils ont une certaine autonomie juridique en bénéficiant d'un actif (valeurs mobilières) et d'un passif corrélatif. Les auteurs sont partagés, certains y voient une société (Messieurs Zénati et Couret), d'autres, le signe d'un patrimoine d'affectation. M. Chartier utilise quant à lui les règles de la copropriété pour trouver une explication.- Pour le signe d'un patrimoine d'affectation, v. particulièrement : BONNEAU (Th.) *Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances et le droit civil*. R.T.D. civ. 1991, p. 1 et s. et spécialement n° 45 et s.

⁴³ V. art 14 à 30 de la loi n° 67-5 du 3 janvier 1967, loi n° 87-444 du 26 juin 1987 et art. 7 à 9 du décret n° 67-967 du 27 octobre 1967. Véritable société *sui generis*, ses associés sont copropriétaires d'un navire. Ils ont donc un droit réel et restent seuls propriétaires du navire, ils n'apportent à la société que la jouissance de leur droit et la notion de patrimoine se trouve vidée de sa substance. V. aussi CA Basse-Terre, 1^{er} ch., 6 nov. 1995. D.M.F.

Afin de pallier les carences économiques des principes posés par Aubry et Rau, de nombreux praticiens ont tenté de défendre l'idée d'un patrimoine d'affectation⁴⁵. Mais ce dernier n'a pas trouvé d'écho chez le législateur français⁴⁶.

B – Le rejet de la théorie du patrimoine d'affectation

42- Le principe d'unicité de patrimoine ne s'inspire pas du droit romain. Les institutions de ce dernier se rapprochaient plutôt du patrimoine d'affectation. Ainsi en était-il des masses affectées comme le pécule, la dot ou la fondation⁴⁷. Après Geny⁴⁸ qui dénonça « l'abus de cette abstraction logique », des critiques objectives ou réalistes ont contesté les principes posés par Aubry et Rau. Mais c'est principalement la théorie du patrimoine d'affectation qui était susceptible de bouleverser le schéma juridique français du patrimoine. Ses sources et définitions doctrinales doivent être précisées (1), avant de relever l'obstacle matériel à sa mise en œuvre (2).

1 – Les sources et les définitions doctrinales du patrimoine d'affectation

43- Au début du XX^e siècle, BRINZ développa la théorie des droits sans sujets⁴⁹, c'est à dire des droits qui pourraient exister indépendamment de toute volonté qui l'anime. Ainsi

1996, p. 1121, obs. VIALARD (J.). L'arrêt précise que ces sociétés de quirataires ont la personnalité morale, mais pas de patrimoine.

⁴⁴ La fiducie admet qu'une personne soit titulaire de plusieurs patrimoines. Elle peut l'être dans un objectif de sûreté, de libéralité ou de gestion [v. CORNU (G.) *Vocabulaire juridique. Op. cit.*, v° fiducie]. La fiducie n'est toutefois pas intégrée au droit français pour l'instant. Un projet de loi destiné à réglementer le régime de la fiducie n'a pas reçu de suites positives [v. sur ce point : GRIMALDI (M.) *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*. Defrénois 1991, art. 35085 et 35094.- CANTIN-CUMIN (M.) *L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-atlantique*. D. 1992, chron., p. 117.- LE GALL (J.-P.) *Le concept de la fiducie dans le projet de loi sur la fiducie*. Gaz. Pal. 1992, art. 60611.- BENABENT (A.) *La fiducie. (Analyse d'un projet de loi lacunaire.)* J.C.P. éd. N. 1993, I, 275.] - Les biens et droits dont la propriété serait transférée au fiduciaire seraient en effet insaisissables par les créanciers chirographaires tant du fiduciaire que du fiduciaire. Les biens constitueraient un véritable patrimoine affecté, distinct des biens du patrimoine du fiduciaire.- *Adde sur la fiducie* : WITZ (Cl.) *La Fiducie en droit privé français*. Economica, 1981.

⁴⁵ *Sociologie juridique du patrimoine. Op. cit.*, annexe : entretien du 7 mai 1993 avec Maître Bernard Monassier, notaire. Ce praticien relève l'adéquation parfaite du patrimoine d'affectation à la réalité et préconise une solennité lors de sa création, afin de résoudre les problèmes de frontières entre les différents patrimoines.

⁴⁶ Si ce n'est de rares concessions V. *infra* n° 44.

⁴⁷ FROMION-HEBRARD (B.) *Essai sur le patrimoine en droit privé*. Thèse préc., n° 10 et s.

⁴⁸ GENY (Fr.) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Tome I*, L.G.D.J., 1919, n° 60 et s.

⁴⁹ BELLIVIER (F.) *Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France*. Actes du colloque de l'Université de Strasbourg, sous la direction d'O. BEAUD et P. WACHSMANN. *La science juridique*

apparaît l'idée du patrimoine sans sujet (*Zweckvermögen*)⁵⁰. Le patrimoine cesse d'être l'émanation de la personne⁵¹, pour devenir un but, une affectation. Ce qui fait son unité est la destination commune de ses composants. Tant la détermination du but que la réalisation de la démarche permettant de l'atteindre, servent à identifier un patrimoine spécialisé et distinct. En autorisant la distinction entre plusieurs patrimoines, la responsabilité liée à chaque patrimoine est limitée⁵². La simple affectation à un but déterminé suffit, il n'est point besoin d'organisation spécifique. L'affectation commune à la poursuite d'un même but justifie dès lors la pluralité de patrimoines, corrélative à la pluralité de finalités d'un même titulaire. Une autre conséquence est la possibilité de céder entre vifs un patrimoine spécial.

44- L'idée d'affectation de biens apparaît dans de nombreuses situations de droit privé (fonds de commerce, servitudes...) ⁵³. Les « concessions françaises »⁵⁴ à la théorie objective du patrimoine sont toutefois rares. Le cloisonnement entre la succession et le patrimoine de l'héritier prévu à l'article 878 du Code civil⁵⁵ en est un exemple⁵⁶. Tel est le cas également de la possibilité d'accepter une succession sous bénéfice d'inventaire de l'article 793 du Code civil⁵⁷. L'existence de successions anormales⁵⁸ en droit français autorise de même l'ouverture parallèle de deux successions. Les biens émanent tous du patrimoine du *de cuius*, mais l'ouverture d'une succession anormale, dérogeant au principe d'unicité et d'indivisibilité du patrimoine, se justifie par un besoin d'affectation particulière d'un de ces biens et opère une

allemande et la science juridique française de 1870 à 1918. Presses de l'Université de Strasbourg, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, nouvelle série, n°1, 1997.

⁵⁰ Duguit développa des idées très proches. Il niait la personnalité juridique et accueillit donc avec enthousiasme la théorie du patrimoine d'affectation. Sur son œuvre v. BONNARD (R.) *Léon Duguit, son œuvre et sa doctrine*. Revue de droit public 1929, p. 24.

⁵¹ Voire cesse d'être la personne elle-même, puisqu'à trop vouloir démontrer le lien indissoluble entre personne et patrimoine, il n'était plus possible de distinguer entre les deux.

⁵² Les juristes allemands ont très tôt été préoccupés par la protection du patrimoine. Ils sont ainsi précurseurs à chaque étape : il sont les premiers à défendre le patrimoine d'affectation, puis à créer des S.A.R.L. Auteurs de la théorie des risques, ils semblent plus sensibles que les français à l'idée de sécurité.

⁵³ GUINCHARD (S.) *L'affectation des biens en droit privé français*. L.G.D.J., 1976, notamment la première partie concernant le domaine de l'affectation des biens.

⁵⁴ CORNU (G.) *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*. Montchrestien, 2001, n° 867 et s.

⁵⁵ Il permet aux créanciers du défunt de ne pas voir leurs chances de paiement anéanties par un héritier insolvable dont les créanciers personnels absorberaient l'intégralité de l'actif de succession.

⁵⁶ TESTU (F.-X.) *L'indivision successorale*. In *Droit patrimonial de la famille sous la direction de M. Grimaldi*. Dalloz action 2001-2002, n° 1810 et s.

⁵⁷ C'est cette fois le patrimoine de l'héritier qui est préservé d'une éventuelle succession déficitaire.

⁵⁸ La succession est ainsi qualifiée par une survivance de l'ancien français. Il s'agit d'une succession anormale en raison de la dévolution spéciale qu'elle opère fondée sur la nature ou l'origine des biens.- V. TESTU (F.-X.) *L'influence de la destination des biens sur leur transmission successorale. Essai sur la fonction du droit des successions et des libéralités*. Thèse Paris X, 1983.

dévolution spécifique⁵⁹. Enfin, l'artifice utilisé par les régimes matrimoniaux qui distinguent dans les régimes communautaires les masses de biens propres à chaque époux de la masse commune, illustre également l'idée d'un patrimoine d'affectation.

45- En Europe, ce type d'affectation ne se rencontre qu'en Italie⁶⁰, en Suisse⁶¹, au Royaume Uni⁶² et bien sûr en Allemagne. Quant au patrimoine d'affectation *stricto sensu*, il n'est expérimenté actuellement en Europe que par le Portugal.

2 – L'obstacle matériel à la réception de la théorie du patrimoine d'affectation

46- Les critiques quant à l'idée de fond défendue par cette théorie sont relativement rares. C'est surtout la lourdeur de la publicité⁶³ à mettre en œuvre pour officialiser la séparation des patrimoines qui fut rédhibitoire⁶⁴. Ainsi, un patrimoine trop fragmenté est

⁵⁹ V. sur les successions anormales : GRIMALDI (M.) *Droit civil. Successions*. Litec, 2001, n° 245 et s. Ainsi en est-il de la succession de l'adopté simple, du bail rural, des droits littéraires et artistiques ou des sépultures, dont on dit qu'il s'agit d'un «droit réel immobilier de jouissance et d'usage avec affectation spéciale et nominative.» - V. SAVATIER (R.) *La transmission des sépultures*. Defrénois 1928, art. 21707.- Plus récemment, la réforme du droit des successions (Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral) a créé une nouvelle succession anormale s'agissant de la transmission de certains biens de famille au profit des collatéraux privilégiés. V. art. 757-3 c. civ. Par ailleurs, il est également possible de discuter sur la nature du droit au logement attribué par la réforme au conjoint survivant et de l'analyser comme une succession anormale.

⁶⁰ Art. 167 du Code civil italien : affectation familiale.

⁶¹ Art. 87, 335 et 493 du Code civil suisse avec les fondations.

⁶² Le *trust* est une institution fondamentale des pays du *Common law*. La divisibilité du patrimoine est de règle en droit anglais, où règne le principe de libre démembrement de la propriété. V. sur ce point : EZRAN-CHARRIERE (N.) *L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'Union Européenne*. Thèse Paris II, 1998, p. 103 et s. Le *trust* a des applications diverses dont le juge français peut avoir à connaître. Ainsi, il peut être l'instrument d'une libéralité et la question de sa réduction pour atteinte à la réserve héréditaire se pose. V. par exemple : Cass. Civ. 1^{re}, 20 février 1996. D. 1996, p. 390.- LEQUETTE (Y.) *De l'ordre des réductions des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs*. D. 1996, chron., p. 231.- Le *trust* a inspiré le projet de loi français sur la fiducie. V. sur ce point : LARROUMET (C.) *La Fiducie inspirée du Trust*. D. 1990, chron., p. 119.

⁶³ Dans l'hypothèse d'un patrimoine d'affectation, la publicité s'avère nécessaire pour officialiser une délimitation entre les différentes masses de patrimoine affectées. La nécessité de cette publicité a été largement évoquée à l'occasion des débats menés sur l'entreprise unipersonnelle. V. en ce sens : SAYAG (A.), JAUFFRET-SPINOSI (C.), BOUYSSI (M.) *L'entreprise personnelle. In Expériences européennes – Librairies Techniques*, 1978 p. 315 et s.- CHAMPAUD (Cl.) *L'entreprise personnelle à responsabilité limitée*, Rapport du groupe d'étude chargé de la possibilité d'introduire l'E.P.R.L. dans le droit français. R.T.D. com. 1979 p. 579 et s.- SAYAG (A.) *L'entreprise individuelle : faux débats et vraies questions. In Etudes offertes à René Rodière*. Dalloz, 1981, p. 2 et s. et notamment n° 39 et s.

⁶⁴ V. ZENATI (Fr.) *La loi du 11 juillet 1985 relative à l'E.U.R.L. et l'E.A.R.L.* R.T.D. civ. 1985, p. 772, qui évoque les «difficultés rencontrées pour mettre en œuvre l'idée de patrimoine d'affectation *ex nihilo*» : difficultés de délimitation du patrimoine, problèmes de publicité, nécessité d'une articulation complexe avec le droit des régimes matrimoniaux, etc.

source de complications et de fraudes. De plus, un patrimoine sans titulaire n'a aucun champ de manœuvre tant qu'il ne s'intègre pas dans une notion de personnalité juridique⁶⁵.

47- Le fonds de commerce aurait pu être un formidable tremplin pour la reconnaissance d'un patrimoine d'affectation. L'idée qu'il pouvait avoir une autonomie patrimoniale au sein du patrimoine du commerçant était séduisante⁶⁶. Il était possible, à l'instar de la doctrine allemande, d'envisager la cession des éléments tant actifs que passifs. Cette autonomie pouvait être gagnée notamment par l'explication que le fonds de commerce constituait un patrimoine d'affectation⁶⁷. La destination commune de ses éléments lui conférait son indépendance. Cette théorie défendue par Saleilles⁶⁸ apparut pourtant fantaisiste. L'ensemble des biens et dettes du fonds de commerce constituerait un patrimoine, qui, vivifié par son but, devient sujet de droit, et donc titulaire de créances et dettes. Comment le fonds pouvait être à la fois sujet et objet de droit⁶⁹ ? Comment expliquer une cession de dettes sans accord du débiteur cédé ? Il s'en suivit un refoulement des théories impliquant une scission patrimoniale chez le commerçant.

48- En fait, la conception objective du patrimoine, telle qu'elle est préconisée en droit allemand, est très difficile à mettre en œuvre en France où notre droit est profondément marqué par la théorie d'Aubry et Rau. L'affectation juridique nécessite un acte juridique déterminant l'utilisation spécialisée d'un ou plusieurs biens. De plus, établir l'usager impose également d'établir un droit réel, et donc de le rattacher à une personne juridique. Il y a de fortes chances pour que les formalités préconisées pour le fonctionnement d'un patrimoine d'affectation soient au final aussi lourdes que celles nécessaires pour créer une personne morale. Lorsque la question s'est posée d'introduire le patrimoine d'affectation en droit français à l'occasion des débats sur l'entreprise unipersonnelle, M. Crépeau a fait appel au pragmatisme, relevant qu'il pouvait être sage de ne pas tout réinventer en ayant recours à des

⁶⁵ MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) *Droit civil. Introduction générale à l'étude du droit*. Sirey, 1972, n° 290.

⁶⁶ LE FLOCH (P.) *Le Fonds de commerce : essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*. L.G.D.J., 1986, n° 34 et s.

⁶⁷ D'autres théories visaient à reconnaître directement au fonds de commerce la personnalité morale, ou à le considérer comme une universalité de droit.

⁶⁸ LE FLOCH (P.) *Op. cit.*, n° 37.

⁶⁹ LE FLOCH (P.) *Op. cit.*, n° 39.

concepts juridiques nouveaux⁷⁰. Reste que le puriste aurait eu la satisfaction d'avoir un droit moins artificiel et collant à la réalité⁷¹.

49- Plus récemment, une nouvelle tentative a été menée d'introduire un patrimoine d'affectation en droit français. Le projet de la loi initiative économique, discuté à partir de février 2003, avait pour ambition de s'inscrire dans la continuité de l'innovation de la loi du 11 février 1994 dite Loi Madelin⁷². Cette dernière a permis à tout entrepreneur individuel d'exiger que ses créanciers saisissent en priorité ses biens professionnels, s'il fait la preuve que ceux-ci sont suffisants pour les désintéresser. Cette disposition instaure une sorte de bénéfice de discussion, mais elle suggère aussi l'existence de cloisonnements au sein du patrimoine global : en l'espèce, la distinction entre patrimoine professionnel et patrimoine privé. Certains y ont vu un premier pas vers la création d'un patrimoine d'affectation⁷³.

Le projet de loi pour l'initiative économique avait l'ambition d'aller plus loin⁷⁴. La création d'un patrimoine d'affectation était visée, afin de réduire les risques liés à la situation des petits entrepreneurs individuels, commerçants ou artisans⁷⁵. La mesure était toutefois démesurée par rapport à ses objectifs. Instaurer un patrimoine d'affectation pour une population résiduelle proche de la retraite paraissait audacieux. De plus, l'article 8 de la 12^{ème} directive européenne préconisait de choisir entre la technique du patrimoine d'affectation et la société unipersonnelle, mais ne semblait pas autoriser un cumul des deux. Si l'argument en faveur du patrimoine d'affectation consistait en la comparaison des formalités à accomplir, il était de piètre portée. Il y avait de fortes chances pour que le petit entrepreneur individuel ait autant de réticences à aller voir son notaire pour mettre en place un patrimoine d'affectation que pour créer une société unipersonnelle. Le coût de l'opération n'aurait d'ailleurs pas été plus déterminant.

C'est finalement l'idée de protection de la résidence principale de l'entrepreneur individuel qui s'est fait jour⁷⁶. L'article 8 de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour

⁷⁰ CREPEAU (M.) J.O.A.N. avril 1985, p. 142.

⁷¹ *Sociologie juridique du patrimoine*. Op. cit., annexe : entretien du 7 mai 1993 avec Maître Bernard Monassier, notaire, art. préc.

⁷² Art. 47 III de la loi n° 94-126 du 11 février 1994, Initiative et entreprise individuelle.- V. BARBIERI (J.-F.) Les apports de la loi Madelin loi n° 94-126 du 11 février 1994 au droit des sociétés. Petites affiches, 22 juin 1994, p. 9.

⁷³ TERRE (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.) *Droit civil. Les obligations*. Dalloz, 1999, n° 1005.

⁷⁴ V. PADE (O.) Réflexions sur deux mesures du projet de loi « agir pour l'initiative économique ». J.C.P. 2003, act. 213, p. 701 et s., spécialement n° 10 et s.

⁷⁵ Ces derniers rechigneraient à constituer une société. Le projet visait donc à les protéger contre leur gré...

⁷⁶ V. pour l'analyse du projet : Revue fiduciaire FH 2954 du 10 janvier 2003, n° 6, p. 24, § 5.

l'initiative économique⁷⁷ offre à l'entrepreneur individuel la faculté de déclarer insaisissable sa résidence principale. Ces dispositions sont insérées aux articles L 526-1 à L 526-4 du Code de commerce. Dérogeant aux articles 2092 et 2093 du Code civil, l'immeuble est ainsi soustrait au droit de gage des créanciers professionnels⁷⁸. S'agit-il pour autant d'une forme de patrimoine d'affectation ? Il ne semble pas qu'une telle analyse peut être retenue. En effet, si les créanciers professionnels ne peuvent pas poursuivre leur paiement sur le bien immobilier déclaré insaisissable, rien n'empêche les créanciers personnels, notamment au titre de l'acquisition du bien immobilier, de se désintéresser sur des actifs professionnels. Il n'y a pas affectation des biens immobiliers, et *a fortiori* aucun écran étanche n'est dressé au sein du patrimoine de l'entrepreneur individuel. L'insaisissabilité permet toutefois de limiter les risques financiers dus à l'initiative de l'entrepreneur.

50- En réalité, la conception classique reste le fondement de notre droit positif parce que la donnée morale est essentielle dans notre droit⁷⁹. La théorie classique du patrimoine, en faisant de la personne le support primordial du patrimoine, constitue une explication fondamentale de la structure du droit positif et, par voie de conséquence, de ses mécanismes⁸⁰. La personne reste au centre de notre droit, et les biens n'existent en droit que par elle et pour elle⁸¹. Force est de constater que le droit de gage des créanciers a un caractère éminemment personnel⁸². Un rapport de personne à personne fonde ce droit : l'obligation. Il s'introduit alors un élément subjectif : le rapport de confiance réciproque entre cocontractants basé sur les notions de loyauté, bonne foi, honnêteté, qui sont des impératifs moraux très présents dans

⁷⁷ J.O. 5 août 2003, 13449.

⁷⁸ Sur le domaine de l'insaisissabilité et les formalités, v. LIENHARD (A.) L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel. D. 2003, p. 1898.- MALECKI (C.) La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel. D. 2003, chron., p. 2220.- BOUTEILLER (P.) Les nouvelles mesures de protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel. J.C.P. éd. E. 2003, 1359.

⁷⁹ De nombreux auteurs soulignent l'importance de la dimension morale de responsabilité.- V. notamment en ce sens : GHESTIN (J.) et GOUBEUX (G.) Traité de droit civil. Introduction générale. L.G.D.J., 1997, n° 213.- V. aussi : AUBERT (J.-L.) Introduction au droit et aux thèmes fondamentaux du droit civil. Armand Colin, 2002, n° 209 *in fine*.

⁸⁰ COHET-CORDEY (Fr.) Art. préc. Egalement du même auteur : Patrimoine et entreprise, thèse préc. : « la théorie n'est point une gêne pour l'entreprise mais un moyen de son individualisation ».

⁸¹ Le lien qui existe entre la personne et son patrimoine est tellement fort que la question de savoir si le patrimoine est un élément de la vie privée trouve une réponse globalement (et pour l'instant) affirmative. V. notamment : PASCUAL (I.) Patrimoine et vie privée. R.R.J. 1998-3, p. 899.

⁸² COHET-CORDEY (Fr.) Art. préc., n° 32 et s. et spécialement n° 37 : « le droit de gage (...) exprime le caractère personnel de l'obligation envisagée sous l'angle de la responsabilité ».- V. encore FROMION-HEBRARD (B.) Thèse préc., qui souligne l'importance de la relation entre pouvoir et responsabilité s'agissant de la notion de patrimoine.

notre droit⁸³. La théorie d'Aubry et Rau y perdure car elle illustre parfaitement le devoir moral d'assumer ses responsabilités et notamment d'honorer le paiement de ses dettes.

51- Il est unanimement reconnu que la théorie classique va trop loin en posant un principe rigide⁸⁴. Ainsi, il est possible de tolérer des universalités spécialisées. Il reste toutefois que Aubry et Rau ont profondément marqué la doctrine française⁸⁵. Le lien entretenu avec la pédagogie juridique n'a fait que renforcer l'idée, dans l'esprit des apprentis juristes, que leur théorie a valeur de principe élémentaire dans notre droit. Elle fait partie de la culture générale juridique et présente l'avantage de la simplicité. Il est donc laborieux de se défaire « de quelque chose d'intériorisé »⁸⁶. De même, l'importance de la volonté de la personne reste capitale. René Sève⁸⁷ souligne « combien il est difficile en droit de se détacher de l'*ordo ad duces* [unification d'une réalité par rapport à un chef] au profit de l'*ordo ad invicem* [unification qui découle de l'unité et de la structuration de la réalité elle-même] ». Chacune des conceptions poussées à l'extrême méconnaît les réalités et besoins de la pratique⁸⁸, et une vision « monothéiste » du droit nuit au progrès⁸⁹. Il convient d'aménager notre droit en piochant dans la part de vérité de chaque théorie et de trouver ainsi le juste équilibre.

52- Pour toutes ces raisons, la théorie du patrimoine d'affectation n'a pas été accueillie par le droit français. L'institution des fondations⁹⁰, le projet de loi sur la fiducie⁹¹, la loi du 11 février 1994 et la loi du 1^{er} août 2003 sont des exemples de frissonnements législatifs en sa faveur. La jurisprudence, quant à elle, reste fidèle au principe d'unité de patrimoine⁹² et rejette

⁸³ VINEY (G.) et JOURDAIN (P.) *Les conditions de la responsabilité*. *Op. cit.*, n° 474.

⁸⁴ Aubry et Rau ont eux-mêmes tempéré sa rigueur.

⁸⁵ Sur l'incidence de cette théorie sur les régimes matrimoniaux, v. LAMBERT-WIBER (S.) Le principe d'unité du patrimoine à l'épreuve de la responsabilité financière d'une personne mariée sous le régime de communauté. *Defrénois* 1999, n° 37059, p. 1153 et s.

⁸⁶ *Sociologie juridique du patrimoine*. *Op. cit.*, n° 84 et s. Les études s'arrêtent et les connaissances « se fossilisent ». Seule l'intervention en faculté de praticiens qui enseigneraient leurs mécanismes et instruments juridiques permettrait de faire évoluer le raisonnement. Encore faut-il souligner que ces derniers ne sauraient méconnaître, dans leur pratique quotidienne, les sources, fondements et théories sous peine de subir la sanction des juridictions...

⁸⁷ SEVE (R.) *Art. préc.*, p. 257.

⁸⁸ LARROUMET (C.) *Droit civil. Introduction à l'étude du droit privé*. *Economica*, 1998, n° 420.

⁸⁹ CATALA (P.) La Transformation du patrimoine dans le droit civil moderne. *R.T.D. civ.* 1966, p. 185, n° 1.

⁹⁰ Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 modifiée par la loi n° 90-559 du 4 juillet 1990 sur le développement du mécénat. Cette intervention législative a clarifié la technique pratiquée au contact du droit étranger.

⁹¹ *V. supra* n° 41 et note de bas de page n° 44.

⁹² La jurisprudence est encore plus réticente à la reconnaissance d'un patrimoine d'affectation. Tout au plus, peut-on citer un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 2 juin 1993 (*D.* 1993, p. 613, note D.R. MARTIN.) L'unité de traitement d'un portefeuille de valeurs mobilières y est affirmée, ce qui milite pour la reconnaissance d'une universalité de fait (voire de droit si l'on souligne qu'un portefeuille génère des frais de gestion.) Le portefeuille de valeurs mobilières est un contenant, et l'on peut y voir l'ébauche timide d'une

l'idée d'un patrimoine d'affectation pour le commerçant⁹³. Seuls les arrêts concernant les apports partiels d'actif semblent reconnaître l'autonomie de régime juridique et fiscal de certains patrimoines affectés, mais uniquement à l'occasion de leur transmission⁹⁴.

53- Si l'idée de patrimoine d'affectation séduit, et si, en particulier, le droit des affaires reconnaît l'utilité pratique de cette théorie, son insertion *in extenso* dans notre droit est rejetée, car trop compliquée. Des techniques de substitution sont préférées⁹⁵. En l'état du droit positif, la personnalité morale est le support indispensable à toute affectation⁹⁶. C'est la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, et son influence en droit français qui expliquent la multiplication des personnes morales⁹⁷. Les sociétés, bien plus que d'autres groupements, emploient avec « énergie et épaisseur » la personnalité morale⁹⁸. Elles permettent ainsi de réaliser l'équivalent d'un patrimoine d'affectation mais en utilisant un « dédoublement » de personne⁹⁹.

Paragraphe 2 - L'utilisation de la technique de la personne morale

54- Les insuffisances des théories du patrimoine¹⁰⁰ conduisent les praticiens à utiliser des « itinéraires détournés »¹⁰¹, des subterfuges et à créer des personnes morales¹⁰². Avec les

autonomie patrimoniale.- V. encore plus récemment : Cass. civ. 12 novembre 1998. J.C.P. éd. N. 1999, p. 351 ; Dr. et patrimoine 1999, n° 71.

⁹³ Cass. com., 22 juin 1993. Bull. civ. IV n° 264 ; R.T.D. civ. 1994, p. 888, note ZENATI (Fr.)

⁹⁴ V. Cass. com., 16 février 1988. J.C.P. éd. E. 1988, n° 15177, n° 21, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.) affirmant que l'apport partiel d'actif, à la condition d'être placé sous le régime des scissions (art. L 236-22 C. com.), entraîne à l'image de celles-ci la transmission universelle du patrimoine de la branche d'activité faisant l'objet de l'apport. V. également : Cass. com., 15 mars 1994. D. 1994, I.R., p. 97. La Cour de cassation en admettant que la transmission universelle de tous les droits, biens et obligations pour une branche d'activité faisant l'objet de l'apport, n'est pas soumise aux formalités de l'art. 1690 du Code civil, semble reconnaître une certaine autonomie à ce patrimoine affecté à la branche d'activité cédée. Cela justifie un régime spécifique en matière de cession, tant au point de vue civil, que fiscal. Pour une restriction apportée à l'analyse fiscale de l'apport partiel d'actif, v. T.A. Poitiers 29 juin 1998. R.T.D. com. 1999, p. 688 ; Dr. fiscal 1999, p. 607, obs. PIERRE (J.-L.)

⁹⁵ Pour la fiducie qui pourrait être une technique de substitution au même titre que la personnalité morale, v. LUCAS (F.-X.) *Les transferts temporaires de valeurs mobilières*. L.G.D.J., 1997, notamment p. 313 et s.

⁹⁶ SALEILLES (R.) *De la personnalité juridique. Histoire et théorie*. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1910, v. notamment la 19^{ème} leçon.

⁹⁷ GOUBEUX (G.), *Personnalité morale, droit des personnes et droit de biens*. In *Etudes dédiées à René Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*. L.G.D.J., 1984, p. 209, n° 13.

⁹⁸ L'expression était de COZIAN (M.) et VIANDIER (A.) dans la 10^{ème} édition de leur ouvrage *Droit des sociétés*, n° 240.

⁹⁹ FROMION-HEBRARD (B.) *Op. cit.*, p. 69, n° 71 et s. L'auteur résume l'ambiguïté de la situation. On a l'illusion rétrospective que la théorie du patrimoine française est imputable à Aubry et Rau, mais elle est également empreinte du patrimoine d'affectation. Le seul problème est que les auteurs ne sont pas d'accord sur la technique à promouvoir *de lege feranda*. En revanche, ils sont d'accord pour reconnaître la nécessité de l'existence d'un patrimoine d'affectation pour répondre aux besoins du droit positif, ceci explique l'utilisation de la personnalité morale.

¹⁰⁰ V. FROMION-HEBRARD (B.) *Op. cit.*, qui les développe largement p. 212 et s.

¹⁰¹ TERRE (Fr.) et SIMLER (Ph.) *Droit civil. Les biens*. Dalloz, 2002, n° 11.

sociétés, le législateur a bel et bien dérogé au principe d'unité du patrimoine. Seuls la lettre de l'article 2092 du Code civil et le principe semblent rester intacts. Une personne ne pouvant avoir en France qu'un patrimoine, le recours à la technique sociétaire permet de créer une nouvelle personne, une personne morale, qui sera titulaire du patrimoine à isoler¹⁰³.

Cette utilisation de la personnalité morale pour isoler le patrimoine est autorisée en raison de l'analyse fonctionnelle de la personnalité morale (A), mais également encouragée par l'écran que dresse la personnalité morale (B).

A – Une utilisation autorisée par l'analyse fonctionnelle de la personnalité morale.

55- L'analyse des théories de la réalité et de la fiction (1) renvoie à une réalité technique unique : la fonctionnalité des personnes morales (2).

1 – L'analyse des théories de la réalité et de la fiction de la personnalité morale

56- La question de la nature juridique de la personne morale et l'étude des théories de la réalité et de la fiction de la personnalité morale constituent des classiques du droit des sociétés¹⁰⁴.

C'est d'abord la théorie de la fiction qui domina la scène juridique. Selon cette théorie, la personnalité juridique n'appartient qu'aux personnes physiques. Les groupements ne peuvent être personnifiés, et donc traités comme des personnes physiques, qu'à la condition que la loi autorise cette fiction. C'est à Pothier que revient la primeur de l'affirmation à propos des communautés de droit public. « Les corps et communautés établis suivant les lois du Royaume sont considérés dans l'Etat comme tenant lieu de personnes »¹⁰⁵. Ces corps n'étaient donc des personnes que par la fiction du droit. Le droit intermédiaire confirma que la

¹⁰² WICKER (G.) Rép. Dalloz civil, v° personne morale. *Adde* : MATHEY (N.) *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*. Thèse Paris II, 2001.

¹⁰³ La société et surtout la personnalité morale sont ainsi un moyen d'affectation d'un patrimoine. V. en ce sens : COHET (Fr.) Thèse préc., n° 18, p. 15.- Egalement BAILLY-MASSON (C.A.) *L'autonomie de l'entreprise : enjeux et conditions*. Thèse Grenoble, 1999 : « La société est le moyen d'affecter un patrimoine à une activité donnée et de redonner une autonomie à l'entreprise personnalisée ».

¹⁰⁴ GOUBEAUX (G.) Art. préc., p. 199, n°1.- COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 11 - De nombreux travaux de recherches y consacrent des développements : v. notamment : CUTAJAR-RIVIERE (C.) *La société Ecran*. L.G.D.J., 1998, n° 68 et s.

¹⁰⁵ POTHIER. *Traité des personnes*. Chapitre VII, cité par DIDIER (P.) *Droit commercial. 2, l'entreprise en société*. PUF, 1997, p. 51.

personne morale était une fiction de la loi¹⁰⁶. Le législateur était donc le seul à pouvoir octroyer ou retirer la personnalité morale.

57- Dès la fin du siècle dernier, les doctrines allemande et française mirent en doute cette idée. En France, des auteurs illustres¹⁰⁷, tant publicistes que privatistes, prirent part au débat. En réalité, les partisans de la théorie de la réalité recherchaient l'abandon de l'octroi de la personnalité morale par autorisation spéciale de l'Etat¹⁰⁸. Ils souhaitaient l'affranchissement de l'autorité publique. Pour les partisans de cette théorie, seule la réalité des choses importe. Du degré de ressemblance avec les personnes physiques dépend l'octroi de la personnalité morale. C'est finalement cette idée qu'a exprimée un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 28 janvier 1954¹⁰⁹ à propos d'un comité d'établissement. La Haute Cour affirme que « la personnalité civile¹¹⁰ n'est pas une création de la loi, qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ». La personne morale naît de ses propres œuvres et non de celles du législateur. L'arrêt fut interprété comme une reconnaissance de la théorie de la réalité.

58- Il est intéressant de rechercher un critère commun qui, à la fois, justifie une personnalité morale *sui generis* pour la théorie de la réalité, et, conduit le législateur à attribuer la personnalité morale.

En ce qui concerne la théorie de la réalité, l'étude des décisions de jurisprudence qui ont reconnu la personnalité à des groupements permet de dégager un critère d'attribution. L'arrêt du 28 janvier 1954 n'est pas aussi audacieux à l'égard de la théorie de la fiction qu'il n'y paraît. Il rattache la personnalité morale à la volonté implicite du législateur¹¹¹. Invoquant l'ordonnance du 22 février 1945¹¹², l'arrêt déduit qu'elle implique une reconnaissance de la

¹⁰⁶ MICHOU (L.) *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*. L.G.D.J., 1909, p. 411.

¹⁰⁷ C'est le cas notamment de Saleilles, Planiol, Berthélemy, Thaller, Hauriou et Michoud.

¹⁰⁸ MICHOU (L.) *Op. cit.*, p. 420.

¹⁰⁹ Cass. civ. 2^e, 28 janvier 1954. D. 1954, p. 217, note LEVASSEUR (G.) ; J.C.P. 1954, I, 7978, concl. LEMOINE ; Dr. social 1954, 161, note DURAND (P.)

¹¹⁰ L'emploi par la Cour de cassation du qualificatif *civile* par préférence à *morale* donne d'autant plus de poids à la solution affirmée.

¹¹¹ Tout en lui réservant le pouvoir de priver certaines catégories de groupement de la personnalité morale, l'arrêt ajoute que le législateur « en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement, l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même, avec pour mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice ».

¹¹² Il s'agit de l'ordonnance du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprise, actuellement codifiée sous la partie L, livre IV, titre III du Code du travail.

personnalité civile aux comités d'établissement. Les textes ne sont pas la source directe de la personnalité morale, mais indirecte. Leur esprit, leurs dispositions sont autant d'indices pour en déduire la reconnaissance de la personnalité morale. En revanche, les arrêts ultérieurs, notamment ceux relatifs à la masse des créanciers de la faillite¹¹³, s'affranchissent de tout texte¹¹⁴. La portée de la jurisprudence prend une autre ampleur, car les critères que le juge estime nécessaires à l'attribution de la personnalité morale apparaissent clairement.

L'arrêt du 28 janvier 1954 relatif aux comités d'établissement, tout comme les arrêts postérieurs reconnaissant la personnalité morale aux comités de groupe¹¹⁵, puis aux comités d'hygiène et de sécurité¹¹⁶, affirment qu'il doit s'agir d'un groupement de personnes, doté d'une possibilité d'expression collective, pour la défense d'un intérêt légitime¹¹⁷. A partir du moment où l'on recherche s'il est besoin d'attribuer la personnalité morale à un groupement, cela présuppose que la personnalité juridique de chaque individu est insuffisante à garantir les intérêts du groupement. La nécessaire pluralité de personnes ne porte pas à débat, tant le principe est acquis que c'est cette pluralité qui a besoin d'être réunie sous une casquette unique pour s'exprimer de manière monocorde. La possibilité d'expression collective rejoint cette idée que la collectivité des membres du groupement s'exprime grâce aux assemblées par un vote. Il émane ainsi du groupement une seule expression, une volonté unifiée.

Ce premier critère¹¹⁸ semble être une des conditions *sine qua non* de la personnalité morale. Le recours à la personnalité morale serait inutile si les individus s'exprimaient personnellement ou exerçaient leurs propres droits et actions pour le groupe, si leurs volontés non unifiées, et donc autonomes, permettaient la défense optimale du groupement. Or, leur personnalité juridique ne suffit pas, car il existe dans tous les cas, à côté des volontés individuelles, une volonté autonome qui émane de la collectivité, une volonté qui est celle du groupement. C'est alors le groupement lui-même qui doit l'exprimer, car cette volonté

¹¹³ Cass. com., 17 janvier 1956. D. 1956, p. 265, note HOUIN (R.) Etant précisé toutefois, que le législateur n'a pas conservé cette solution dans la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et liquidation judiciaires des entreprises (art. L 621-1 et s. c. com.)

¹¹⁴ On reconnaît là un schéma d'évolution et de construction jurisprudentielle, qui n'est pas sans rappeler celui propre à la reconnaissance d'une faute en matière de responsabilité délictuelle. S'affranchissant des lois, règlements et conventions, le juge a d'abord recherché dans des dispositifs exprès le fondement de la faute [pour un règlement professionnel v. le célèbre arrêt Branly Cass. civ., 27 février 1951. D. 1951, p. 329, note DESBOIS (H.)], avant de gagner une totale indépendance et de déduire le devoir extracontractuel d'impératifs moraux ou de considérations d'intérêt social. - V. VINEY (G.) *Op. cit.*, p. 331 et s.

¹¹⁵ Cass. soc., 23 janvier 1990. Rev. sociétés 1990, p. 444, note VATINET (R.) ; Dr. social 1990, p. 322, note SAVATIER (J.)

¹¹⁶ Cass. soc., 17 avril 1991. Rev. sociétés 1992, p. 53 ; J.C.P. 1992, II, 21856, note BLAISE (H.)

¹¹⁷ Les caractéristiques énoncées rappellent inévitablement les définitions données de la personnalité morale par publicistes et privatistes. Pour Monsieur Waline (*Traité de droit administratif*, 8^{ème} éd., n° 400), la personne morale se présente comme « un centre d'intérêts juridiquement protégés ». Pour Michoud, c'est « l'intérêt d'un groupe protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre ».

¹¹⁸ Le critère de possibilité d'expression collective.

correspond à un intérêt distinct des volontés individuelles de chacun de ses membres. Cette volonté est plus que la synthèse des volontés individuelles. En sorte que la finalité de l'attribution de la personnalité morale est la défense de cet intérêt du groupement. Cette défense d'un intérêt est le second critère *sine qua non* de la personnalité morale. Le groupement doit justifier d'un intérêt légitime à protéger.

59- La Cour de cassation réduit cependant le domaine d'attribution de la personnalité morale à certains intérêts. Ces intérêts doivent être « licites et dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés »¹¹⁹. A la lumière des arrêts relatifs aux comités de groupe et comités d'hygiène et sécurité, il est permis de penser que ces intérêts doivent être fermement protégés par la loi. Il en est ainsi de la défense des salariés d'un groupe de sociétés pour le comité de groupe, ou de l'analyse des risques professionnels, la diligence d'enquête de santé, etc. pour le comité d'hygiène et de sécurité¹²⁰. Sans personnalité morale, ces organes ne peuvent pas jouer pleinement et efficacement le rôle que leur a confié la loi. Dans ce même ordre d'idées, la Cour d'appel de Dijon, le 12 octobre 1999¹²¹ a statué en faveur de la reconnaissance de la personnalité morale aux URSSAF, dès lors qu'elles ont été créées conformément aux textes et disposent de statuts régulièrement approuvés. La Cour a délaissé les problèmes de qualification du groupement (société, association...) préférant reconnaître aux URSSAF, une personnalité morale *sui generis*. Même si, dans cette espèce, la Cour fait référence expressément à une création conformément aux textes, la motivation d'une telle solution s'explique également par la considération du rôle que jouent les URSSAF. Elles présentent les caractéristiques du groupement, pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, si l'on s'en tient à la définition de leur mission¹²² et aux attributs qui leur sont confiés à cet effet¹²³. La réalité des intérêts était particulièrement explicite dans l'espèce puisqu'il s'agissait de défendre les intérêts de l'URSSAF de Saône-et-Loire dans le cadre d'une procédure collective.

60- Dans tous les cas, il s'agit de donner les moyens à un groupement de défendre les droits fondamentaux qui lui sont reconnus, ou dont il assure la défense, droits qui sont

¹¹⁹ Cass. civ. 2^e, 28 janvier 1954, préc.

¹²⁰ Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si la loi elle-même prévoit les conditions d'existence, de formation de ces comités.

¹²¹ DIJON, 12 octobre 1999. J.C.P. 2000, p. 809, note DAIGRE (J.-J.)

¹²² Art. 213-1 du Code de la sécurité sociale renvoyant à l'art. 216-1 du Code de la mutualité.

¹²³ Elles peuvent effectuer, par exemple, tous actes de la vie civile nécessaires à la réalisation des buts définis par leurs statuts.

expressément protégés par la loi. Cette protection est nécessitée en raison de la possible position d'infériorité, de dépendance du groupement par rapport à une autorité¹²⁴. Ces intérêts dignes sont à raccrocher à des principes fondamentaux : la liberté, l'égalité, etc. L'adjectif *digne*¹²⁵ prend alors toute son ampleur. Ce qui est digne d'être juridiquement protégé est indiqué par la loi. La règle de droit a une fonction à la fois normative, mais également structurante¹²⁶. « Elle est la norme parce que bonne pour tous »¹²⁷.

61- Si, s'agissant de la théorie de la réalité, il convient de se tourner vers le législateur pour connaître les intérêts dignes d'être protégés, on se retrouve au point de départ, c'est-à-dire face à la théorie de la fiction, qui suspend l'attribution de la personnalité morale à *l'autorisation expresse du législateur*. La théorie de la réalité ne fait que suspendre à *la volonté présumée du législateur*¹²⁸. Le législateur, qui fixe tantôt des conditions d'existence de la personnalité morale, tantôt des conditions de jouissance¹²⁹, va la faire dépendre de contrôles ou de formalités¹³⁰. Chaque fois, il conviendra de s'assurer que cette personnalité morale correspond à un besoin. Il s'agira finalement de veiller à ce qu'elle serve un intérêt. Le point commun des théories est donc qu'il n'y a pas de personnalité morale sans intérêt¹³¹ à défendre, que cet intérêt soit plus ou moins noble, plus ou moins essentiel¹³². Ainsi la personne morale en procurant une autonomie patrimoniale permet de protéger les intérêts privés¹³³.

¹²⁴ On rejoint ici l'idée de protection « du plus faible face au plus fort », prospère en droit de la consommation.

¹²⁵ V. Le Petit Robert, *v.* digne, sens 1 « qui mérite (qqch.) ».

¹²⁶ La règle de droit a vocation à dire le juste, mais en même temps, elle peut remplir d'autres fonctions comme par exemple assurer la cohésion sociale ou favoriser la richesse sociale. V. en ce sens : ATIAS (Ch.) *Philosophie du droit*. *Op. cit.*, p. 139.

¹²⁷ CHAMPAUD (Cl.) *Des droits nés avec nous*. Art. préc., p. 69 et s. et spécialement p. 74.

¹²⁸ Ce schéma correspond à une vision classique de la hiérarchie des normes : la jurisprudence n'aurait qu'un pouvoir interprétatif de la loi sans qu'il soit possible de la reconnaître comme une source autonome de droit.

¹²⁹ PAILLUSSEAU (J.) *Le droit moderne de la personnalité morale*. R.T.D. civ. 1993, p. 707, n° 4, note 17.

¹³⁰ MALAURIE (P.) *Nature juridique de la personnalité morale*. Defrénois 1990, art. 34848, n° 12.

¹³¹ Un intérêt collectif : v. MICHOU (L.) *La personnalité morale*. 3^{ème} éd. par Trotabas, 1932, t. I, n° 1 à 74, ou du moins un intérêt autonome.

¹³² Il faut ici réserver le cas de certains groupements présentant un intérêt autonome, mais non pourvus de la personnalité morale. C'est le cas de la communauté conjugale. Il est probablement supposé que le lien matrimonial, et donc affectif des membres du groupement, suffit à garantir la défense de l'intérêt collectif, sans qu'il soit besoin d'immiscer une personne (morale) dans le couple... V. GUINCHARD (S.) *L'affectation des biens en droit privé français*. L.G.D.J., 1976, p. 341, n° 396.

¹³³ Par exemple, la personnalité morale protège les intérêts catégoriels des sociétés dominées au sein d'un groupe. V. CONTIN (R.) et HÖVASSE (H.) *L'autonomie patrimoniale des sociétés*. D. 1971, chron., p. 199, n° 20 et s.- La notion de société s'accompagne ainsi d'avantages supérieurs aux notions de filiales ou établissements sans personnalité morale.

62- Finalement, le législateur et la jurisprudence ont une conception commune de la personnalité morale : elle doit être *utile*. C'est un critère de qualification économique. Il est recherché en quoi la personnalité morale procure un avantage pour le groupement, en quoi elle est profitable pour la défense de ses intérêts. Chacune des théories milite à égalité pour une définition fonctionnaliste de la personnalité morale. Elles démontrent la nécessaire utilité dont doit faire preuve une structure afin de pouvoir prétendre à la personnalité morale. Cette dernière n'est alors qu'un mode d'expression d'intérêts. Il est impossible de l'identifier à une structure déterminée¹³⁴. Le débat sur la nature de la personnalité morale est faussé¹³⁵. C'est un outil invariable¹³⁶ qui sert à la réalisation de buts variés¹³⁷. Un de ces buts peut être l'obtention d'une conséquence patrimoniale propre à la personnalité morale¹³⁸. La personnalité morale est donc une technique dont la fonction est de traduire la réalité d'un intérêt.

2 - Fonctionnalité de la personnalité morale

63- Le débat entre théorie de la fiction et théorie de la réalité s'est construit sur un débat philosophique : celui de reconnaître ou non à un être abstrait, les mêmes droits qu'à une personne humaine¹³⁹. Aujourd'hui la reconnaissance de la personnalité morale se réfère à un autre débat : celui des intérêts à défendre et de l'utilité que peut représenter la personne morale à cette fin. La personnalité morale est attribuée en fonction de nécessités pratiques liées au mode d'exploitation d'un groupement¹⁴⁰. Les théories de la réalité et de la fiction prétendent s'exclure. Pourtant elles contribuent à éclairer les aspects différents du problème de la personnalité morale. Elles révèlent ensemble la vision fonctionnaliste du droit où l'utilité

¹³⁴ V. en ce sens, COHET (Fr.) Thèse préc., n° 545, p. 400 : L'auteur affirme à propos de la société « qu'elle est moins l'expression d'un groupe qu'une technique d'affectation patrimoniale *au service d'une œuvre donnée* ». Elle met en évidence l'aspect fonctionnel de la société.

¹³⁵ Certains vont même jusqu'à dire « dépassé ». V. GOUBEAUX (G.) Art. préc., n° 1.

¹³⁶ PELLERIN (J.) La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé. R.T.D. com. 1981, p. 508, n° 81. - MALAURIE (P.) Art. préc., n° 1, qui parle de « plasticité ».

¹³⁷ Il en est de même en ce qui concerne la servitude. Comme pour la personnalité morale, on constate l'absence d'unité de la notion. En revanche, c'est l'utilité qu'elle transfère d'un fonds à un autre qui permet de l'identifier.

¹³⁸ V. cependant : MALAURIE (P.) Art. préc., n° 8 et s. Les conséquences patrimoniales ne peuvent justifier à elles seules la personnalité morale. V. encore : PLANIOL (M.) Traité élémentaire de droit civil. Par Pichon, 1900, n° 675. Ce serait nier sa dimension extra patrimoniale : son nom, sa capacité d'ester en justice, son honneur. - V. sur ce point : PETIT (F.) Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales. D. affaires 1998, p. 826. - Dans le même sens, v. encore : WESTER-QUISSÉ (V.) Le préjudice moral des personnes morales. J.C.P. 2003, I, 145, p. 1189 et s.

¹³⁹ MALAURIE (P.) Art. préc., p. 1074, note 16.

¹⁴⁰ Cela peut concerner également un entrepreneur individuel. V. ainsi s'agissant d'une E.U.R.L., SERLOOTEN (P.) Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. Rép. Dalloz sociétés, 2001.

justifie l'existence. L'utilitarisme technique éteint les controverses¹⁴¹. La personnalité morale peut se justifier car elle permet de rendre autonome la volonté émanant des organes de décision ou parce qu'elle confère une autonomie patrimoniale. C'est ce qui en fait une notion du droit des biens et du droit des obligations. Elle ne serait qu'un simple attribut¹⁴² et cela l'éclaire sous un nouveau jour¹⁴³.

64- La personnalité morale est perçue comme un instrument¹⁴⁴ devant servir au mieux les intérêts. C'est un trait marquant de l'évolution doctrinale qui appréhende les concepts juridiques vers leur fonction plutôt que leur fondement¹⁴⁵. Dès lors il n'est pas étonnant de lire des définitions doctrinales fonctionnelles¹⁴⁶. Il est question d'instrument conceptuel¹⁴⁷, de technique juridique¹⁴⁸, qui doit être organisée en vue de son objet, qui doit être adaptée¹⁴⁹. Son indépendance conceptuelle très marquée par rapport à la notion de personnes physiques groupées émerge, puisqu'il s'agit finalement de « fiction créée pour des raisons d'utilité pratique »¹⁵⁰. La personnalité morale est le résultat d'un « pragmatisme relativiste »¹⁵¹. Elle est « un procédé juridique ayant pour objet de transformer et adapter les droits subjectifs à un milieu économique et social par nature fluctuant »¹⁵². La définition de la personnalité morale

¹⁴¹ MARTY (G.) *La théorie de l'institution, in la pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*. A. Pédone, 1969, p. 30. V. aussi FREYRIA (C.) *La personnalité morale à la dérive*. In *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*. Dalloz, 1991 p. 122 et s. qui considère que le débat réalité-fiction est une « question anachronique pour [certains] qui dénoncent le faux problème d'une telle alternative et qui relèguent dos à dos les partisans de l'une ou l'autre thèse au nom d'une efficacité qui fait fi des abstractions académiques d'un passé révolu. »

¹⁴² Elle est une technique que l'on attribue en fonction de l'utilité qu'elle présente pour la défense des intérêts concernés.

¹⁴³ HAMEL (J.) *La personnalité morale et ses limites*. D. 1949, chron., p.141 et s.

¹⁴⁴ V. *Sociologie juridique du patrimoine*. Op. cit., n° 26.- GRIDEL (J.-P.) *La personne morale en droit français*. R. I. D. comp. 1990, p. 496.

¹⁴⁵ Lors d'un colloque consacré à l'entreprise individuelle, Monsieur BREDIN a remarqué que le droit commercial connaissait des difficultés d'évolution parce qu'il lui était douloureux « d'épouser la vie ». La technique de la personnalité morale a permis d'éviter une grande réforme du droit commercial. Elle s'adapte à chaque situation facilement et c'est ainsi une aubaine d'avoir sous la main une alternative à une réforme plus profonde du droit commercial, longue et ardue à réaliser. V. BREDIN (J.-D.) *Au delà de l'E.U.R.L. In Quelle organisation juridique pour l'entreprise individuelle ?* C.D.E. 1990/1, p. 24 et s., spécialement p. 26.

¹⁴⁶ C'est cela qui fait le particularisme de la personne morale de droit privé, par rapport à la personne physique. Il est difficile d'imaginer que la personnalité juridique soit la même que celle des personnes morales. V. COULOMBEL (P.) *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*. Thèse Nancy, 1950.

¹⁴⁷ GRIDEL (J.-P.) *Introduction au droit et au droit français -- notions fondamentales, méthodologie, synthèses*. Dalloz, 1994, p. 490.

¹⁴⁸ PAILLUSSEAU (J.) *Le droit moderne de la personnalité morale*. R.T.D. civ. 1993, p. 705 et s., n° 12.- GRIDEL (J.-P.) *La personne morale en droit français*. R.I.D. comp. 1990, p. 495 et s.- SIMONAIT (V.) *La personne morale de droit privé en droit comparé*. Bruxelles : Bruylant, 1995, n° 1.

¹⁴⁹ PAILLUSSEAU (J.) Art. préc., n° 47 et s.

¹⁵⁰ HAMEL (J.) *La personnalité morale et ses limites*. D. 1949, chron., 141.

¹⁵¹ GASTAUD (J.-P.) *Personne morale et droit subjectif*. LG.D.J., 1977, n° 1.

¹⁵² GASTAUD (J.-P.) *Op. cit.*, n° 12, qui parle de technique objectivée.

est donc fonctionnelle : c'est une technique. Elle est utile et cette utilité se réfère toujours à l'homme qui, en civilisation occidentale, est la fin de tout droit¹⁵³.

65- Quels sont alors les caractères remarquables de cette technique qui sont susceptibles d'intéresser l'*homo oeconomicus* ? Les attributs de la personnalité morale sont nombreux : elle est apte à faire des actes juridiques¹⁵⁴, elle peut ester en justice, elle est responsable civilement et pénalement. Elle est en fait un être juridique indépendant¹⁵⁵, un sujet de droit¹⁵⁶. Une des conséquences de la personnalité morale doit être particulièrement soulignée. Étant une personne indépendante, elle dispose, conformément à la théorie classique d'Aubry et Rau, d'un patrimoine autonome qui lui est lié de manière indissociable. Il n'est pas question d'affirmer ici que la personne morale procède de l'existence d'un patrimoine affecté¹⁵⁷. En revanche, l'affectation patrimoniale est certainement la qualité essentielle de la personne morale dans bien des cas¹⁵⁸. Elle est en effet susceptible de conférer à une masse de biens, un mouvement propre, qui lui assure son maintien ou en augmente la valeur¹⁵⁹.

66- Un des principaux intérêts de la société semble être l'un de ses attributs : la personnalité morale¹⁶⁰. La société ne connaît, peut-être et finalement, l'intervention du législateur que parce que ce dernier utilise la technique de la personnalité morale. L'intention était peut-être de vérifier la légitimité de cet octroi de la personnalité morale¹⁶¹, laquelle confère aux sociétés une force considérable dans les rapports de négociation et un poids économique.

¹⁵³ On rejoint ainsi l'analyse réaliste du droit posant entre autres principes que la règle de droit est une technique et non une finalité et qu'elle est un épiphénomène sociétal. V. CHAMPAUD (Cl.) *Des droits nés avec nous*. Art. préc., p. 83, citant le Doyen Julliot de la Morandière « Le droit est un ensemble de techniques au service d'une finalité ».

¹⁵⁴ Capacité à limiter avec le principe de spécialité.

¹⁵⁵ PAILLUSSEAU (J.) Art. préc., n° 10.

¹⁵⁶ Dont l'existence se manifeste par des droits personnels : une dénomination, un domicile, une nationalité...

¹⁵⁷ V. en ce sens : PERCEROU (R.) *La personne morale de droit privé : patrimoine d'affectation*. Thèse Paris, 1951.- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Traité de droit commercial. Tome 1, volume 2. Les sociétés commerciales*. Op. cit., n° 1134.

¹⁵⁸ Cette utilité n'intéresse d'ailleurs pas que le droit privé. V. DELCROS (B.) *L'unité de la personnalité juridique de l'Etat*. L.G.D.J., 1976, p. 11 et la première partie de l'ouvrage consacrée à l'affectation du patrimoine de la personne juridique-Etat aux différents organismes la composant.- V. encore : LINDITCH (F.) *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*. L.G.D.J., 1997.

¹⁵⁹ GASTAUD (J.-P.) Op. cit., n° 11.- On observe qu'elle développe les mêmes qualités lorsqu'elle s'intègre à la technique sociétaire.

¹⁶⁰ Dans le même sens : PAILLUSSEAU (J.) *La nouvelle S.A.S. : le big bang du droit des sociétés*. D. 1999, chron., p. 333, n° 74 et 75.

¹⁶¹ Il y a toutefois une faille dans cette procédure de vérification puisque l'immatriculation qui octroie la personnalité morale est une simple formalité. Aucune vérification n'est faite quant à la fictivité, la licéité de la société.

Les auteurs ont été convaincus pour leur part, que cette intervention du législateur et l'impérativité des normes traduisaient le caractère institutionnel de la société¹⁶². Le débat s'est alors polarisé sur le point de savoir si la société est, par nature, contractuelle ou institutionnelle. Pourtant la société ne peut émaner *ab initio* que d'une volonté, certes relayée et portée par une batterie législative. Si le terme *contrat* choque, c'est qu'il présuppose des intérêts, pour les cocontractants, le plus souvent antagonistes et que le contrat naît, après négociation, d'un accord. L'esprit du droit des sociétés est au contraire qu'il existe dès le départ un intérêt commun. De plus, l'avènement des sociétés unipersonnelles contredit l'emploi de ce terme. L'idée d'acte unilatéral (collectif ou non) a été souvent défendue avec brio¹⁶³.

L'intervention du législateur, loin de consacrer la théorie contractuelle ou institutionnelle de la société, traduit peut-être sa fonctionnalité. Elle se justifie notamment par la personnalité morale qui lui est octroyée au nom de l'intérêt à défendre. La société à l'instar de la personnalité morale est alors une technique, qui outre l'avantage de rendre autonome le patrimoine, présente maintes aptitudes pour l'organisation des intérêts de l'*homo oeconomicus*.

67- La personne morale, conçue comme une technique, a donc pour fonction en droit des sociétés de conférer une autonomie juridique et tout particulièrement, l'autonomie patrimoniale. Seule apte à protéger et favoriser le développement de l'intérêt personnifié, elle établit un écran favorable non seulement pour cet intérêt mais également pour l'*homo oeconomicus*. Elle transforme en effet ses droits¹⁶⁴. En isolant le patrimoine, elle dresse un écran protecteur.

B – Une utilisation vivifiée par le mécanisme de l'écran

68- La personne morale, en se fondant sur l'existence d'intérêts spécifiques, réalise une autonomisation juridique de ces intérêts. La force de cette autonomie juridique réside dans l'importance considérable qu'ont prise les différents éléments composant la personne morale.

¹⁶² GAILLARD (E.) *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*. Thèse Lyon, 1937.- PORTEMER (J.) *Du contrat à l'institution*. J.C.P. 1947, I, 586.

¹⁶³ BERTREL (J.-P.) *La liberté contractuelle en droit des sociétés, essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés*. R.T.D. com. 1996, p. 595.- *La S.A.S. : bilan et perspectives*. Dr. et patrimoine, septembre 1999, p. 40 et s., notamment p. 456.

¹⁶⁴ GASTAUD (J.-P.) *Op. cit.*, notamment n° 14 et s.

Désormais, il convient de protéger, au même titre qu'une personne physique, le nom, le domicile¹⁶⁵, l'intégrité morale de la personne morale¹⁶⁶. Ces exemples illustrent l'écran¹⁶⁷ dressé par la personnalité morale au niveau extra-patrimonial¹⁶⁸. Ce même écran existe au niveau patrimonial. L'affectation patrimoniale à une société se traduit par la mise en place d'un écran dont on doit rappeler le principe (1), avant de relever son caractère essentiel : la variabilité (2).

1 - Principe de l'écran

69- Sans personnalité morale du groupement, les associés restent personnellement, sur leur entier patrimoine, obligés et responsables à l'égard des tiers¹⁶⁹. C'est la théorie de la personnalité morale qui rend possible une certaine limitation de leur responsabilité¹⁷⁰.

Cette aptitude est particulièrement intéressante pour le monde des affaires. En effet, toute activité nécessite des actes juridiques. La volonté qui initie l'acte, doit en assumer les conséquences, elle doit être responsable. Cette responsabilité s'assume principalement sur le patrimoine, qui sert de garant à l'expression de la volonté, qui fonde la confiance du cocontractant. Le danger devient donc d'ordre pécuniaire, car lorsque l'activité ne s'exerce pas dans une structure bénéficiant de la personnalité morale, les actes passés devront être rattachés à une personne physique, dont le patrimoine sera alors le gage. Le patrimoine privé risque d'être diminué, voire de disparaître pour cette activité. Réciproquement, la gestion du patrimoine personnel peut être néfaste au patrimoine affecté à l'activité.

L'intérêt de l'attribution de la personnalité morale à un groupement est de constater que l'acte émane de la volonté d'une personnalité juridique distincte de celle des membres du

¹⁶⁵ V. C.E.D.H., 16 avril 2002. D. 2003, somm., p. 1541, obs. LEPAGE (A.) Le respect du domicile de la personne morale se fonde sur l'art. 8 de la convention.

¹⁶⁶ PETIT (F.) Art. préc., encore convient-il de noter que les éléments extra-patrimoniaux protégés ont tous des répercussions pécuniaires. Ils sont évaluables. Et cela démontre combien le patrimoine de la personne morale est son mode d'expression. Il est ce qui justifie son existence.

¹⁶⁷ Sur l'étymologie et les définitions du mot « écran », et son application à la personne morale, v. CUTAJAR-RIVIERE (C.) *La société écran*. L.G.D.J., 1998, n° 6 et 7.

¹⁶⁸ L'écran sert également pour l'organisation du pouvoir (v. *infra*, titre 2). Cela s'illustre à travers les holdings. V. sur ce point : CUTAJAR-RIVIERE (C.) *Op. cit.*, n° 8.

¹⁶⁹ C'est le cas notamment dans les sociétés sans personnalité morale comme la société en participation. V. sur ce point précis : RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Traité de droit commercial. Tome 1, volume 2. Les sociétés commerciales. Op. cit.*, n° 1250.

¹⁷⁰ VEAUX (D.) *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales*. Thèse Rennes, 1947 p. 20, n° 12 et s. L'auteur observe d'ailleurs que, concernant les effets sur la responsabilité des associés de personnes morales, le débat relatif à la réalité ou à la fiction n'a aucune incidence.

groupement¹⁷¹. Ce faisant, la responsabilité de l'acte incombe à la personne morale. Il se dresse entre les membres du groupement et la personne morale un écran protecteur pour leurs patrimoines respectifs. Ainsi, la personne morale permet de concrétiser l'indépendance des intérêts en présence. Les intérêts de la société se distinguent de ceux de son ou ses associés grâce à l'écran. Le droit romain connaissait déjà cette abstraction : *L'universitates personarum*, une personnalité distincte de celle de ses membres et donc un patrimoine distinct¹⁷². On assiste donc à une autonomisation de créances et de dettes, le passif étant garanti par l'actif patrimonial de la personne morale¹⁷³.

70- Cet écran justifie presque à lui seul l'utilité de la personnalité morale en droit des sociétés. Ses conséquences sont en effet favorables à l'égard de trois acteurs différents¹⁷⁴.

Elles sont tantôt favorables *pour les associés*. Le patrimoine des associés est le gage de leurs créanciers personnels et non des créanciers sociaux. La personnalité morale définit de manière prévisionnelle l'engagement des membres du groupement aux dettes de celui-ci. La société ayant la personnalité morale, elle devient responsable civilement et pénalement à la place des associés. La mise en cause de la responsabilité peut coûter cher. La société est un nouvel interlocuteur statistiquement plus solvable. Les associés mettent ainsi l'essentiel de leur patrimoine personnel à l'abri de toutes poursuites civiles au titre de leur responsabilité dans la société¹⁷⁵. Ils mettent également leur personne à l'abri de certaines poursuites pénales¹⁷⁶. Le dirigeant associé profite lui-même dans une certaine mesure de cet écran. La personnalité morale lui sert de bouclier. Les limites de l'effet favorable de l'écran tiennent essentiellement aux déficits de fonctionnement de l'organisation ou à la volonté des parties¹⁷⁷.

¹⁷¹ Il est fait allusion ici à une personne morale concernant un groupement de plusieurs personnes. Ceci n'exclut pas que la personnalité morale peut être attribuée à une structure n'abritant qu'un membre et qu'elle offre alors la même fonctionnalité. La démonstration épouse toutefois l'évolution historique de la personnalité morale en droit des sociétés. Pour les sociétés unipersonnelles, v. *supra* n° 163 et s.

¹⁷² GIRARD (P.) *Manuel élémentaire de droit romain*. Librairie A. Rousseau, 1924, p. 247.

¹⁷³ Monsieur Gridel (*op. cit.*, p. 492) remarque de manière amusante que « si l'on n'a jamais vu personne déjeuner avec une personne morale, nombreux sont ceux, en revanche, qui l'ont vu payer l'addition... ».

¹⁷⁴ Il est ici présenté succinctement les effets protecteurs de l'écran qui seront illustrés et délimités dans le chapitre deux *infra*.

¹⁷⁵ Pour un exemple de responsabilité du fait des choses : Cass. civ. 2^e, 22 février 1984. R.T.D. civ. 1985, p. 399, obs. HUET (J.) La société avait sur le chien responsable de l'accident les pouvoirs de contrôle, de direction et d'usage qui caractérisent la garde.

¹⁷⁶ L'art. L 121-2 C. pén. pose le principe de la responsabilité pénale des personnes morales. Elle n'est exonérée que s'il est démontré que son représentant ou l'organe a agi pour son compte personnel. Une double responsabilité pénale de la société et des associés est possible. V. par exemple : TOULOUSE, 26 novembre 1998. Les Petites Affiches juillet 1999, note DUCOULOUX-FAVARD (Cl.)

¹⁷⁷ La personnalité morale n'offre qu'une garantie relative. Elle présente peu de résistance face aux sûretés personnelles comme le cautionnement. V. *infra* n° 243.

Les conséquences de l'écran sont tantôt favorables *pour la société*. Les associés ne peuvent disposer à leur gré du patrimoine de la société. Ils ne sont pas propriétaires des biens appartenant à la société¹⁷⁸. L'autonomie patrimoniale¹⁷⁹ de la personne morale est fréquemment rappelée par la Cour de cassation lorsque les associés ont disposé à tort de l'actif social¹⁸⁰. Cet effet de l'écran protège le patrimoine de la personne morale des activités néfastes développées par ses associés, voire des abus sociaux qu'ils commettent¹⁸¹.

Les conséquences de l'écran sont tantôt favorables *pour les créanciers*. Le cloisonnement opéré entre les masses patrimoniales ne joue pas qu'en faveur des associés ou de la société. Considérer la société sous cet angle favorable aux créanciers n'est pas un réflexe acquis. La vision suspicieuse résulte de l'utilisation frauduleuse de la société et notamment l'intention de soustraire des biens au gage des créanciers¹⁸². Mais il ne faut pas négliger l'intérêt qu'elle peut représenter pour ces derniers¹⁸³. Grâce à l'autonomie patrimoniale procurée par la technique sociétaire, une meilleure conscience et connaissance du gage est possible¹⁸⁴. Dans une certaine mesure, la technique sociétaire constitue pour les créanciers une sorte de sûreté.

71- La comparaison entre sûreté réelle et patrimoine d'affectation a déjà été évoquée¹⁸⁵. Il est effectivement intéressant de mettre en balance sûreté et personnalité morale dans la mesure où cette dernière contribue, comme la première, à l'affectation d'un patrimoine. Evidemment, des différences notables sont immédiatement apparentes. Les sûretés

¹⁷⁸ V. *contra* un arrêt surprenant : RENNES, 3 mars 1999. J.C.P. éd. E. 2000, p. 1077, comm. LUCAS (F.-X.) Cet arrêt autorise des associés à inclure dans le gage de leurs créanciers personnels des actifs de la société dont ils détiennent des droits !

¹⁷⁹ MERLE (Ph.) *Op. cit.*, n° 93.

¹⁸⁰ V. *par ex.*, Cass. com., 22 mai 1991. Bull. Joly 1991, p. 259 ; ou pour un cas constitutif d'abus de bien social : Cass. crim., 21 août 1991. Dr. pénal 1992, n° 17. L'autonomie est également fréquemment rappelée au sein des groupes de sociétés.

¹⁸¹ V. *infra* chapitre 2.

¹⁸² L'expression « société-écran » a une connotation négative, qui affecte non seulement la technique sociétaire, mais également les montages dans lesquels elle peut s'intégrer.

¹⁸³ Dans le même sens v. SERLOOTEN (P.) *L'E.U.R.L.* D. 1985, chron., p. 187, n° 3.- LAMBERT-FAIVRE (Y.) *L'entreprise et ses formes juridiques*. R.T.D. com. 1968, p. 907 et spéc. p. 914.

¹⁸⁴ L'illustration suivante précise la démonstration : Madame Dupont est artisan et s'est mise à son compte après son mariage. Son époux, commun en biens, est oisif et dépensier. N'est-il pas plus intéressant pour les créanciers professionnels de Madame Dupont de savoir que son entreprise est en société, à l'abri des aléas du budget familial ? La société présente ici de nombreux avantages. On peut même dire qu'elle peut constituer une sorte de garantie pour les créanciers, lesquels contracteront en seule considération de la société et non de l'époux, voire des enfants turbulents du couple.

¹⁸⁵ V. notamment : MESTRE (J.), PUTMAN (E.) et BILLIAU (M.) *Droit commun des sûretés réelles. Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*. L.G.D.J., 1996, n° 95.

n'entraînent pas de division du patrimoine, elles respectent le principe d'unité de patrimoine et ne confèrent qu'un droit de préférence. De plus, elles ont une finalité unique : celle de garantir. Ce n'est pas le cas de la personnalité morale, pour laquelle il s'agira d'un but parmi d'autres. Malgré ces différences, ces deux techniques contribuent à faire échapper une masse de biens à l'action de certains créanciers, les réservant ainsi à d'autres. Certes, l'affectation en elle-même ne peut pas être considérée comme une sûreté. Elle ne procure pas de droit de préférence en sorte que si plusieurs créanciers existent du chef de cette masse affectée, ils sont tous chirographaires¹⁸⁶. L'avantage résulte toutefois du fait que l'affectation transfère la propriété des biens vers la nouvelle personne morale¹⁸⁷. Or la propriété reste la garantie suprême pour un créancier¹⁸⁸ : soit il la retient (clause de réserve de propriété), soit il se la fait céder par une opération opposable à tous (bordereaux Dailly). C'est ce que l'on appelle la propriété-garantie¹⁸⁹. En l'état du droit positif, aucun texte ne permettant la création d'un patrimoine d'affectation, seul le recours à la personnalité morale (et notamment l'E.U.R.L.¹⁹⁰) permet d'obtenir un résultat satisfaisant. On se rapproche de ce que la fiducie pourrait mettre en place. A la différence de cette dernière¹⁹¹, il est toutefois certain que le patrimoine ainsi affecté ne se confond pas avec le patrimoine des créanciers. Le débiteur ne risque pas la concurrence des créanciers personnels de son créancier¹⁹². La technique de la mise en société peut donc être considérée comme un moyen indirect de garantie par l'affectation qu'elle crée. Comme les sûretés, elle participe au « dépeçage » du patrimoine du débiteur¹⁹³. Mais il faut bien reconnaître que la création d'une E.U.R.L. aux seules fins de garantie présente une lourdeur pratique qui en fait une sûreté peu réaliste. De plus, cette seule finalité paraît peu compatible avec l'esprit du droit des sociétés et la lettre de l'article 1832 du Code civil. Tout au plus faut-il souligner que l'écran dressé par la personnalité morale est une conséquence avantageuse pour le créancier, parfois méconnue.

¹⁸⁶ Il est toutefois permis d'imaginer l'hypothèse dans laquelle l'affectation est faite au profit d'un seul créancier, sans concurrence.

¹⁸⁷ Dans l'hypothèse où l'apport à la société se fait en pleine propriété (et non seulement en jouissance), et sans démembrement.

¹⁸⁸ CROCQ (P.) *Propriété et garantie*. L.G.D.J., 1995, n° 259 et spécialement citant M. Stoufflet « la propriété paraît être la sûreté parfaite selon tous les critères imaginables ».

¹⁸⁹ CROCQ (P.) *Op. cit.*, n° 257 : « il existe une aptitude du droit de propriété et du droit des obligations à constituer et mettre en œuvre à des fins de garantie, un droit de propriété accessoire sans démembrement de celui-ci ».

¹⁹⁰ GRIMALDI (M.) *La fiducie : réflexion sur l'institution et sur l'avant projet de loi qui la consacre*. Defrénois 1991, art. 35085, p. 897 et s. et spécialement n° 81.

¹⁹¹ La fiducie peut s'envisager de deux manières : sur le modèle du trust anglo-saxon, les biens affectés en fiducie se confondent avec les biens du fiduciaire. Au contraire, on peut prévoir un cloisonnement entre les différents patrimoines. C'était le cas de la fiducie du projet de loi français.

¹⁹² CROCQ (P.) *Op. cit.*, n° 212.

¹⁹³ 82^{ème} congrès des notaires de France : *les garanties du financement*, avant-propos de Fernand Derrida, p. 10.

72- Au sens large, l'écran dressé par la personnalité morale constitue une garantie pour les différents acteurs. Ainsi la société, qui débute par un contrat, peut être aussi un outil de gestion des risques¹⁹⁴. La garantie est définie comme « tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire »¹⁹⁵. Le mécanisme de l'écran est en ce sens une garantie, et ce à un triple égard : pour les associés, pour la société, et pour les créanciers. Ces trois conséquences illustrent la grande fonctionnalité et l'intérêt de l'écran.

73- Certains auteurs critiquent l'abstraction de cet écran et militent pour un plus grand réalisme¹⁹⁶. La critique liée à l'absence de responsabilité engendrée par l'écran ne tient pas. Abstraitement, il ne s'agit que d'un déplacement de responsabilité. La personne morale devient responsable sur son patrimoine à la place de la personne physique. L'écran est théoriquement fort. Seuls quelques cas de jurisprudence présentent un infléchissement¹⁹⁷. Ils sont à relativiser en raison des circonstances particulières telles qu'un conflit d'intérêt ou la prise en compte d'un intérêt supérieur comme celui d'une masse de salariés à protéger. Quant aux autres circonstances où l'écran fait défaut, il s'agit d'exceptions propres à chaque société, comme par exemple le cas de stipulations contractuelles dérogatoires¹⁹⁸, ou celui de vices lors de la constitution de la société ou de son fonctionnement¹⁹⁹.

74- En droit des sociétés, la force de l'autonomie de la personne morale, et donc de l'écran qui est dressé, se manifeste de différentes façons.

En dépit d'une cession massive de droits sociaux, la société conserve son existence propre et sa personnalité juridique. Il en résulte, qu'une telle cession ne peut s'assimiler à une cession du fonds de commerce exploité par la société²⁰⁰, la cession des titres sociaux ne sera pas soumise aux formalités prescrites pour la cession d'un fonds de commerce²⁰¹. La garantie

¹⁹⁴ MOUSSERON (J.-M.) *La gestion des risques par le contrat*, R.T.D. civ. 88, p. 481.

¹⁹⁵ CORNU (G.) *Vocabulaire juridique Capitaine*, *Op. cit.*.

¹⁹⁶ V., notamment : GAUTIER (P.-Y.) *Halte aux mirages de la personnalité morale*, R.T.D. civ. 1995, p. 644, et sa suite R.T.D. civ. 1997, p. 443.

¹⁹⁷ Cass. crim., 2 mars 1978, *Rev. sociétés* 1978, p. 770 et 631 obs. OPPETIT (B.) V. toutefois la jurisprudence antérieure s'agissant des cessions de contrôle en droit des sociétés.- Conseil d'Etat, 31 juillet 1996, D. 1996, I.R., p. 202.- PARIS, 31 janvier 1997, D. affaires 1997, p. 319.

¹⁹⁸ PARIS, 31 janvier 1997, préc.

¹⁹⁹ En ce sens également : CUTAJAR-RIVIERE (C.) *La société Ecran*, *Op.cit.*, p. 239 et s.- V. *infra* chapitre 2.

²⁰⁰ Cass. com. (arrêt *Saupiquet-Cassegrain*), 21 janvier 1970, J.C.P. 1970 éd. G, II, n° 16541, obs. OPPETIT (B.) ; *Grandes décisions du droit des sociétés*, CHARTIER (Y.) et MESTRE (J), n° 25 ; plus récemment v. Cass. com., 17 octobre 1995, D. 96, jp, p. 167, note PAILLUSSEAU (J.), à l'occasion d'une cession de contrôle.

²⁰¹ V. par ex. Cass. com., 13 février 1990, Bull. IV, n° 42, p. 28.- Sur la question de la cession de contrôle, v. *infra* n° 409.

des vices cachés ne saurait porter que sur les titres cédés et non sur le patrimoine de la société²⁰². On distingue entre le mandat de vendre le fonds de commerce et le mandat de céder les actions de la société exploitant le fonds de commerce²⁰³. L'écran peut même s'avérer défavorable pour les associés d'une S.C.I. qui ne pourront bénéficier de l'application de certaines dispositions favorables aux consommateurs, comme celles de l'article L 331-7 al. 1 4° du Code de la consommation concernant la réduction du solde de la dette immobilière des débiteurs surendettés²⁰⁴. La technique sociétaire peut ainsi écarter l'application de certaines règles protectrices. C'est le cas s'agissant de certaines dispositions des régimes matrimoniaux. Ainsi, l'article 1408 du Code civil peut être écarté²⁰⁵ si la part indivise est achetée par une société constituée *ad hoc*. Les parts sociales souscrites à l'aide de deniers communs seront qualifiées de biens communs²⁰⁶. Dans le même esprit, une personne en instance de divorce et disposant d'un apport personnel propre modeste a tout intérêt, pour acquérir un nouveau bien qu'il veut faire échapper à la liquidation, à constituer une société. Ses deniers propres constituent le capital social. La société emprunte et achète l'immeuble. Les parts sociales seront des biens propres échappant aux conséquences du divorce²⁰⁷. Enfin, la technique sociétaire permet d'échapper aux règles de protection des incapables. Ainsi, une société dont les associés sont des mineurs, peut emprunter sans autorisation du juge²⁰⁸. Dans chacun de ces exemples, l'écran ne faiblit pas, même devant une règle à finalité protectrice. Le juge ne tombe pas dans le piège de la transparence. L'autonomie de la personne morale se manifeste

²⁰² Pour un exemple récent : Cass. civ. 3^e, 12 janvier 2000. Bull. civ. III, n° 7 ; Bull. Joly 2000, § 86, p. 122, obs. COURET (A.) ; Revue fiduciaire 20 mai 2000, p. 19 ; Dr. sociétés mai 2000, p. 12. Admettre le recours à la garantie des vices cachés concernant l'immeuble détenu par la S.C.I. reviendrait à nier la personnalité morale de la société ; en limitant l'étendue du recours au titre lui-même, la Cour confirme la force de l'écran. Seul un vice rendant impossible la poursuite de l'activité économique formant l'objet social ouvre à l'acquéreur une action en réparation contre le vendeur.

²⁰³ Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 1994. R.T.D. civ. 95, p. 644, obs. critiques GAUTIER (P.-Y.)

²⁰⁴ Cass. civ. 1^{re}, 15 février 2000. D. 2000, A.J., p. 157, obs. RONDEY (C.) Cette disposition favorable aux consommateurs ne s'applique qu'au débiteur occupant le logement acquis à l'aide de fonds prêtés. Or en l'espèce, la S.C.I. était l'acquéreur.

²⁰⁵ Cet article dispose que « l'acquisition faite, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un bien dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un acquêt, sauf la récompense due à la communauté pour la somme qu'elle a pu fournir. »

²⁰⁶ Il est évité ainsi que la totalité du bien soit qualifié de propre. Il est reconnu à la masse commune, *via* les parts sociales un pouvoir sur le bien. La force de l'écran est considérable. C'est la société qui devient indivisaire et non les époux. V. toutefois, sur ce point l'avis contraire du Professeur COLOMER qui considère qu'une telle solution est contraire au principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux. *Droit civil. Régimes matrimoniaux*. Litec, 2002, n° 372 *in fine* à propos des sociétés ayant vocation à faire échec au régime matrimonial.

²⁰⁷ L'art. 1406 al. 2 C. civ. dispose que « forment aussi des propres, par l'effet de la subrogation réelle, (...) les biens acquis en emploi ou remploi, conformément aux art. 1434 et 1435. »

²⁰⁸ V. sur ce point : Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2000. Defrénois 2001, art. 37348, n° 5, obs. HONORAT (J.) Defrénois 2000, art. 37261, n° 88, p. 1315, note MASSIP (J.) ; Bull. Joly 2000, § 272, p. 1091, obs. RANDOUX (D.) (V. également : HOVASSE (H.) *Incapacité et valeurs mobilières*. Defrénois 1995, p. 369.)

également dans les groupes de sociétés. On pose un principe d'indépendance des sociétés du groupe²⁰⁹,

75- L'affirmation de la force de l'écran doit toutefois être nuancée. L'écran a un caractère variable. Particulièrement, en droit des sociétés, la force de l'écran dépendra du type de société choisie.

2 - Variabilité de l'écran

76- Le constat de la variabilité²¹⁰ de l'écran amène à s'interroger sur son origine. Résulte-t-elle de la variabilité du concept même de personne morale ou de la variabilité des formes de personne morale ?

Une partie de la doctrine considère que le concept de personne morale est variable²¹¹. Face à des groupements²¹² aussi divers que le G.I.E., l'association, la société, certains parlent de pluralité de types de personnalité morale. Cette analyse se fonde sur les différents degrés de personnalité attachés à certains groupements²¹³.

Certains auteurs ont contesté ces analyses pour démontrer qu'en fait, la personnalité morale est un concept juridique unique, invariable²¹⁴. Si variation il y a, elle résulte du régime juridique de ces personnes morales, lequel est commandé par la forme du groupement²¹⁵.

Tout incite à militer pour un concept unique. La personnalité morale perdrait toute utilité en tant que technique juridique si sa notion variait trop. En revanche, le constat qu'elle

²⁰⁹ GUYON (Y.) *Personnalité morale des sociétés*. J.-Cl. Sociétés/traité, Fasc. 28-10, 1999, n° 33 ; PARIS, 4 mai 1990, D. 1990, I.R., p. 156 ; Cass. com., 18 octobre 1994, D. 1994, I.R., p. 254.

²¹⁰ Il est essentiel ici de distinguer entre variabilité et relativité. La variabilité dépend du type de personne morale. Une fois un type choisi, le régime est uniforme. La relativité est aléatoire : au sein d'un même type de personne morale, on peut être amené à faire abstraction de la personne morale, mais cela correspond à un cas exceptionnel, qui vise à rétablir l'équité. Il n'est question ici que de la variabilité de l'écran.

²¹¹ Pour une diversité de la notion de personne morale : GASTAUD (J.-P.) *Personnalité morale et droit subjectif*. L.G.D.J., 1977, n° 8, 12 et 290.- OPPETIT (B.) *Les rapports de la personne morale et de ses membres*. Thèse Paris, 1963, p. 458.- RIPLETT (G.) et ROBLOT (R.) *Traité de droit commercial. Tome 1 volume 2. Op. cit.*, n° 1134.

²¹² Il est ici fait l'observation que le mot « groupement » est fréquemment utilisé par commodité. Certaines personnes morales ne sont composées que d'une personne et ne constituent pas un groupement (v. en particulier *infra* n°167 et s. concernant l'E.U.R.L.)

²¹³ On pense notamment à la distinction entre la petite et la grande personnalité des associations. V. notamment Rép. Dalloz civil v° Association, n° 66 et s., n° 76 et s., explicitant la différence entre associations déclarées et associations reconnues d'utilité publique.

²¹⁴ V. par exemple : PAILLUSSEAU (J.) *Le droit moderne de la personnalité morale*. Art. préc., n° 12 : « il ne faut pas confondre la notion de personnalité morale avec les différentes formes de personnes morales ».

²¹⁵ PELLERIN (J.) *La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé*. R.T.D.com 1981, p. 508, n° 81 et s.- SIMONAIT (V.) *La personne morale en droit privé comparé*. Op. cit., p. 3, n° 5.

emprunte des formes très variées s'impose. Cette situation résulte de différents facteurs. Tout d'abord, elle occupe une large place tant en droit privé qu'en droit public²¹⁶, ce qui suppose nécessairement une capacité d'adaptation aux domaines d'exercice. Ensuite, au sein d'un même domaine, les buts poursuivis par le groupement sont infiniment variés. Seule la possibilité de faire varier les formes peut répondre aux besoins juridiques. C'est l'expression même de sa fonctionnalité. Finalement, si l'on trouve le concept aussi intéressant, en droit privé comme en droit public, et pour atteindre des buts aussi diversifiés, c'est bien qu'il s'agit d'un concept unique et fort. Il est d'ailleurs tellement vigoureux, que lorsque une S.A.R.L. se transforme en S.A., la forme varie, mais il n'y a pas rupture de la personnalité morale²¹⁷. Cette dernière perdure. En somme, le concept manque simplement d'affirmation quand il s'agit de déterminer la naissance²¹⁸ et la mort²¹⁹ de la personne morale.

77- En conséquence, ce n'est pas la variabilité du concept de personne morale qui explique que la force de l'écran soit variable. La variabilité de l'écran dépend de la forme adoptée par la personne morale.

En droit des sociétés, cette hétérogénéité de formes ayant pour conséquence une force d'écran variable s'illustre particulièrement bien. La perméabilité de l'écran varie. On parle alors parfois d'opacité ou de transparence²²⁰. Dans le premier cas, l'écran est hermétique entre la société et les associés. C'est le cas des associés d'une S.A.R.L., qui, en dehors de toute convention modifiant ce régime²²¹, sont strictement protégés de tout recours des créanciers sociaux sur leur patrimoine personnel au delà de leurs apports. Ils ne s'engagent qu'à concurrence de leurs apports concernant la contribution aux pertes sociales. Dans le second cas, des brèches s'ouvrent. Les créanciers sociaux pourront, par exemple, après avoir vainement poursuivi la personne morale, poursuivre les associés d'une société civile. Ces derniers sont tenus subsidiairement aux dettes de la société, proportionnellement à leurs

²¹⁶ GRIDEL (J.-P.) *Introduction au droit et au droit français – notions fondamentales, méthodologie, synthèse*. *Op. cit.* p. 493.

²¹⁷ Art. 1844-3 du Code civil.

²¹⁸ En droit des sociétés, nous savons que c'est désormais l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés qui fait naître la personne morale. Mais l'incertitude reste concernant d'autres formes de personnes morales, puisque les juges s'autorisent le pouvoir de reconnaître la personnalité morale.

²¹⁹ La mort peut être très lente : il est notamment prévu que la personnalité peut survivre pour les besoins de la liquidation, mais avec une capacité limitée. Art. 1844-8 al. 3 du Code civil.

²²⁰ MERLE (Ph.) *Op. cit.*, n° 74 et s. à propos de la personnalité morale : « son masque est plus ou moins épais ». - COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 224. Ces auteurs semblent eux aussi étendre la notion fiscale de transparence et d'opacité au fonctionnement « non fiscal » des sociétés. - V. encore : RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Traité de droit commercial, Tome 1, volume 2*. *Op. cit.* n° 1147 *in fine*.

²²¹ On pense à des garanties du crédit telles que le cautionnement donné par le gérant-associé de la S.A.R.L. (v. sur ce point *infra* n° 241 et s.)

apports mais sans limitation. L'écran, s'il existe tant que la personne morale honore ses dettes, s'efface lorsqu'elle est défailante. Il est impossible de dire pour autant que la personnalité morale est entre parenthèses ou que ce n'est pas la même personnalité morale qui est attribuée. Elle n'est pas ici en cause. D'ailleurs ses autres attributs subsistent alors même que les créanciers sociaux poursuivent leur paiement auprès des associés. Des règles formant un régime spécifique à cette forme de société, que le législateur a voulu transparente dans certains cas, permettent ce franchissement. Les cas de transparence, et donc de nuance dans l'affirmation d'un patrimoine autonome, se multiplient²²². Toutefois, l'écran existe pour toutes ces personnes morales. Il ne chute pas. Ce qui varie, c'est la perméabilité de l'écran, cette dernière dépendant exclusivement de la forme que revêt la personne morale²²³. Ainsi, la taxinomie en droit des sociétés oppose les sociétés à risque limité aux sociétés à risque illimité. C'est donc, dans ce cas, la conséquence de l'écran sur la situation patrimoniale des associés²²⁴, qui sert de référence.

78- Une récente affaire permet d'illustrer la permanence de l'écran et sa seule perméabilité. Le litige concernait des associés d'une société civile. Le créancier avait obtenu une décision de condamnation de la société civile immobilière débitrice à son égard. Il lui fait délivrer un commandement aux fins de saisie-vente, lequel est suivi d'un procès-verbal de carence. Il produit alors sa créance au passif de la S.C.I. déclarée en redressement judiciaire, puis assigne les associés de la S.C.I. en paiement à proportion de leurs droits dans le capital social. Or ce créancier n'avait pas, avant l'ouverture de la procédure collective, exercé de véritable mesure d'exécution dont on pouvait déduire l'insuffisance patrimoniale de la S.C.I. La troisième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 6 janvier 1999²²⁵, rappelle que l'article 1858 du Code civil impose au créancier d'avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale avant de former sa demande en paiement à l'encontre des associés. Cette solution réaffirme l'exigence de vaines poursuites et remet en lumière

²²² GOUBEAUX (G.) Art. préc., n° 14 et note 26 : notamment à propos des sociétés de construction.

²²³ La personnalité morale de la S.N.C. n'est pas une personnalité de « seconde zone ». En ce sens : VEAUX (D.) *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales*. Thèse préc.

²²⁴ C'est bien le signe que la société se justifie très souvent à cet égard.

²²⁵ Cass. civ. 3^e, 6 janvier 1999, D. 1999, I.R., p. 42 ; Rev. sociétés 1999, p. 376, note BARBIERI (J.-F.) ; R.T.D.com. 1999, p. 452, obs. CHAMPAUD (Cl.) et DANET (D.) Rapp. avec Cass. civ. 3^e, 8 octobre 1997, Rev. sociétés 1998, p. 112, note BARBIERI (J.-F.), plaidant pour l'abandon de la notion de vaines poursuites, D. 1998, p. 139, note GIBIRILA (D.); comp. avec la solution dégagée concernant une S.N.C. : Cass. com., 25 novembre 1997, Bull. Joly 1998, § 57 p. 156, note LE CANNU (P.) « Il existe une hiérarchie entre débiteurs ». Du fait qu'elle soit dotée de la personnalité morale, la S.N.C. est le débiteur principal et les associés en nom ne sont que les garants, même si entre eux ils sont codébiteurs solidaires. Cass. civ. 3^e, 8 octobre 1997, D. 1998, p. 139, note GIBIRILA (D.) - V. plus récemment sur ces notions : Cass. civ. 3^e, 23 février 2000, Defrénois 2000, n° 37243-6, obs. HONORAT (J.) ; Cass. com., 20 novembre 2001, D. 2001, A.J., p. 3624.

l'écran qui existe du fait de la personnalité morale. C'est la société qui est débitrice et non ses associés²²⁶. La Cour de cassation rappelle également l'existence de l'écran à l'occasion de débats judiciaires intéressant les créanciers de sociétés de personnes²²⁷. Elle exige ainsi une mise en demeure préalable²²⁸ de la société avant de poursuivre l'associé.

L'écran existe et présente des intérêts s'agissant de toutes les sociétés²²⁹. Il est seulement plus ou moins perméable. Aucun créancier qui exerce un recours ne peut le négliger sous peine de perdre ses droits²³⁰. Dans une société à risque illimité, les associés ne sont tenus qu'à titre subsidiaire au passif, ils ne sont pas codébiteurs solidaires de la société, mais plutôt des débiteurs de second rang²³¹. On observe que la subsidiarité est plus efficace dans les sociétés civiles²³² que dans les S.N.C.²³³ La société fait donc bien écran. Elle retarde le recours des créanciers sur le patrimoine privé des associés²³⁴.

79- L'écran se manifeste encore de diverses manières. Préalablement à toute poursuite diligente contre les associés, il faut tout d'abord s'assurer, et prouver si nécessaire, qu'il s'agit bien d'une dette sociale. Si les formes de la mise en demeure de la société ne sont pas

²²⁶ V. encore pour une solution identique : Cass. civ. 3^e, 18 décembre 2001. Dr. sociétés avril 2002, comm. 57, p. 15, obs. LUCAS (F.-X.)

²²⁷ Certains soulignent et regrettent la distinction opérée entre sociétés civiles et sociétés de personnes et entre les notions de « vaines poursuites » et « mise en demeure infructueuse ». V. note BARBIERI (J.-F.), préc. p. 378 et s. sous Cass. civ. 3^e, 6 janvier 1999. En effet, les vaines mise en demeure sont d'un degré moins élevé que les vaines poursuites, et permettent de s'adresser plus rapidement aux associés : « l'allure est accélérée ».

²²⁸ Art. L 221-1 du Code de commerce pour les sociétés en nom collectif.

²²⁹ PRIEUR (J.) Comment préserver le patrimoine privé du chef d'entreprise. Rev. Dr. bancaire, ingénierie patrimoniale. Mars-avril 1998, n° 66. L'auteur rappelle combien la séparation des actifs et leur apport au profit de sociétés civiles présente des intérêts non négligeables : « on connaît la société civile pour la gestion, mais mal pour sa résistance à l'action des créanciers, il faut le rappeler ».

²³⁰ Les créanciers doivent compter également avec les risques de prescriptions de l'article 1859 du Code civil. Ainsi, la Cour de cassation a retenu une solution sévère pour les créanciers en appliquant rigoureusement ces dispositions. V. Cass. civ. 3^e, 9 juin 1999. R.T.D. com. 1999, p. 692.

²³¹ On peut comparer leur situation à celle d'une caution (toutefois, sans bénéfice de discussion.) Les solutions dégagées par la Cour de cassation dans l'un et l'autre cas sont d'ailleurs similaires, pour un exemple où la forclusion du créancier profite au débiteur à titre subsidiaire : Cass. com., 17 juillet 1990. D. 1990, p. 494, note HONORAT (A.), à comparer avec Cass. civ. 3^e, 10 juillet 1996. D. 1997, somm., p. 80, obs HONORAT (A.) On rejoint l'idée développée *supra* selon laquelle la technique sociétaire est une forme de garantie pour le créancier. L'associé d'une S.N.C. est une sorte de garant des dettes de la personne morale. L'adoption de cette forme de société est une garantie pour le créancier.

²³² La résistance des sociétés civiles face à l'action des créanciers mérite d'être une nouvelle fois rappelée. PRIEUR (J.) Art. préc., n° 66.

²³³ Sur la solidarité, v. COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.) *Op. cit.*, n° 1434 ; sur la subsidiarité : V. BARBIERI (J.-F.) Art. préc., n° 3.

²³⁴ La force de l'écran subsiste même lors de la liquidation judiciaire, quand bien même le gérant serait condamné au comblement du passif. Pour un exemple, v. Cass. com., 12 novembre 1997. R.T.D. com. 1998, p. 151. Le Tribunal d'instance avait admis la demande de dommages-intérêts d'une automobiliste victime d'une panne suite à une réparation inadaptée opérée par le garage exploité par la société. Le Tribunal avait condamné le gérant à payer lui-même l'indemnité. La Cour de cassation a évidemment condamné cet outrage à l'autonomie patrimoniale de la société, laquelle doit seule supporter le règlement des sommes considérées.

respectées, les associés ne peuvent être personnellement obligés²³⁵. Si la dette est éteinte à l'égard de la société, elle l'est également à l'égard de ses associés²³⁶. Lorsque, enfin, on aura décidé que les membres d'une société peuvent être appelés à payer une dette de cette dernière, il faudra encore les identifier. Les associés recherchés seront ceux de l'époque où la dette est devenue exigible²³⁷.

80- La technique sociétaire procède donc à l'isolement d'un patrimoine. Sa personnalité morale a pour fonction de dresser un écran. Il est toutefois légitime de s'interroger sur la légitimité du recours à la technique sociétaire à la seule fin de rendre autonome le patrimoine. Traditionnellement, la société est perçue comme une technique d'association de partenaires ou comme une technique d'organisation de l'entreprise²³⁸, il importe donc de voir quelles sont les limites à la constitution d'une société ayant pour effet d'isoler le patrimoine.

²³⁵ Cass. com., 1^{er} juin 1993. Bull. Joly 1993, p. 1044, note DAIGRE (J.-J.) ; R.J.D.A. 1993, n° 625 ; Dr. sociétés 1993, n° 187.

²³⁶ Cass. com., 25 novembre 1997. D. affaires 1998, p. 27.

²³⁷ Cass. civ. 1^{re}, 26 novembre 1991. Bull. civ. I, n° 334, p. 217, et non les associés de l'époque où la dette est née.- V. toutefois : Cass. civ. 3^e, 24 avril 2003. Dr. sociétés juillet 2003, comm n° 125, p. 19 et s. et D. 2003, act. jp, p. 1295, obs. LIENHARD (A.) Une société civile professionnelle est solidairement responsable avec le notaire associé des conséquences dommageables de ses actes quels que soient les changements intervenus par la suite dans sa composition.

²³⁸ COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. Cit.*, n° 30 et s.

SECTION 2

Les limites du recours à la technique sociétaire pour isoler le patrimoine

81- Si « l'organisation de l'irresponsabilité devient un jeu »²³⁹, il n'est pas dénué de règles. Il paraît établi en jurisprudence que la société ne peut avoir pour but unique la limitation de la responsabilité de ses associés²⁴⁰. La jurisprudence considère en effet qu'une société, formellement correctement constituée, peut être remise en cause pour fictivité ou fraude et encourir ainsi une sanction conduisant à son inefficacité²⁴¹.

Les indices de reconnaissance des sociétés fictives et frauduleuses aident d'abord à cerner la marge de manœuvre octroyée aux utilisateurs de la technique sociétaire (paragraphe 1). Ils permettent ensuite de justifier les sanctions applicables (paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Les critères de reconnaissance des sociétés fictives et des sociétés frauduleuses

82- La liberté contractuelle en droit privé devrait pouvoir venir au secours de la justification de poursuite de buts divers et notamment l'isolement du patrimoine. Toutefois, l'article 1134 du Code civil fait référence aux conventions légalement formées²⁴². De même, l'article 6 du Code civil rappelle que l'on ne peut déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Les rédacteurs du Code civil n'ont pas totalement épousé la théorie de

²³⁹ RIPERT (G.) *Aspects juridiques du capitalisme moderne. Op. cit.*

²⁴⁰ Lorsqu'il s'agit d'organiser le patrimoine, le bon sens impose à tout bon gestionnaire de diversifier ses modes d'actions. Le recours à la technique sociétaire permet certes d'agir sur la responsabilité et d'isoler le patrimoine, mais il apporte également d'autres intérêts pour l'organisation du patrimoine étudiés ci-après. La société se justifie mieux comme mode d'organisation du patrimoine si elle répond en même temps à plusieurs besoins d'organisation et s'insère ainsi dans l'orientation générale et profonde tendant à l'optimisation du patrimoine. La technique sociétaire est une solution à plusieurs problèmes fondamentalement différents du patrimoine.

²⁴¹ Les créations sociales peuvent être contestées de manière générale sur d'autres fondements et notamment sur les critères traditionnels du droit des obligations comme l'illicéité de la cause, ou des critères plus amples comme l'abus de droit (pour un point de vue plus général, v. SCHILLER (S.) *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*. L.G.D.J., 2002, notamment n° 983 et s.) S'intéressant en l'espèce à la technique d'isolement du patrimoine, la seule étude des sociétés fictives et frauduleuses est retenue. Ces qualifications sont les obstacles les plus fréquemment relevés à l'encontre des sociétés d'isolement du patrimoine.

²⁴² LEVENEUR (L.) *La liberté contractuelle en droit privé*. A.J.D.A. 1998, p. 676.

l'autonomie de la volonté, qui ne suffit pas à expliquer le droit des contrats²⁴³. La liberté contractuelle connaît des limites en droit des sociétés²⁴⁴. Le contrat de société se doit de respecter l'ordre public et en particulier l'ordre public économique, lequel progresse sans cesse²⁴⁵, si bien que la marge de manœuvre est plus ténue qu'on ne le croit.

La légitimité de l'emploi de la technique sociétaire peut s'apprécier eu égard à divers intérêts : l'intérêt des associés, l'intérêt de la société, mais également l'intérêt des tiers. De la combinaison de ces forces antagonistes résulte un compromis²⁴⁶. Il doit encore être conforme à une éthique, un système de valeurs reconnus par tous, pour être constitutif d'une norme impérative donnant des limites aux actes²⁴⁷. Il s'agit en fait du respect de valeurs essentielles à l'ordre social. La confrontation de ces intérêts fait naître un faisceau d'indices qui permettent de cerner les limites de la constitution d'une société aux fins d'isoler le patrimoine. Le seul régulateur possible est le juge s'appuyant sur des principes moraux²⁴⁸.

83- Les notions de sociétés frauduleuses et sociétés fictives doivent être distinguées. Elles font souvent l'objet d'études conjointes²⁴⁹, pourtant elles sont très différentes. Certes il existe un point commun à ces deux qualifications : elles constituent des vices de la constitution de la société. En revanche les termes ne sont pas synonymes²⁵⁰. Il existe une

²⁴³ En ce sens : PLANIOL (M.), RIPERT (G.) *Traité pratique de droit civil français*. Tome VI par ESMEIN, 2^e éd., 1952, n° 15.- TERRE (Fr.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.) *Les obligations*. Dalloz, 1996, n° 18.- GHESTIN (J.) *La formation du contrat*. L.G.D.J., 1993, n° 60.

²⁴⁴ SCHILLER (S.) *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*. *Op. Cit.* L'auteur apprécie les limites de la liberté des parties en fonction de connexions radicales. Les obligations des parties ne doivent pas violer les connexions radicales établies comme essentielles en droit des sociétés. Elle fait allusion au lien entre l'activité exercée et la garantie accordée et au lien entre le pouvoir détenu et la responsabilité encourue. Elle démontre par là même l'insuffisance ou l'incapacité des critères traditionnels tels que l'ordre public, etc. Elle se situe ainsi dans la même lignée que Benoît FROMION-HEBRARD (Thèse préc.) qui regarde la notion de patrimoine par rapport à la connexion responsabilité-pouvoir.

²⁴⁵ LEVENEUR (L.) *Art. préc.*, p. 682.

²⁴⁶ C'est là une démarche réaliste pour trouver le point d'équilibre entre les intérêts en présence. L'équilibre étant l'objectif de toute organisation juridique et donc de la technique juridique qu'est la société.

²⁴⁷ CHAMPAUD (Cl.) *Des droits nés avec nous*. *Art. préc.*, p. 104 et s.

²⁴⁸ V. en ce sens : PAILLUSSEAU (J.) *Les nouvelles S.A.S. : le big bang du droit des sociétés*. *Art. préc.*, n° 84.

²⁴⁹ Pour des études conjointes v. par exemple feuillet 146 *dict. perm. droit des affaires* ; MARTIN-SERF (A.) *Sociétés fictives et frauduleuses*. *J.-Cl. sociétés traité*, 1998, fasc. 7-40.- V. encore allant plus loin en assimilant les deux notions : DIENER (P.) « A quoi peut bien servir une société fictive, sinon à frauder ? », cité par CONSTANTIN (A.), note sous *Cass. com.*, 22 juin 1999. *Rev. sociétés* 1999, p. 824, n° 24 ; v. encore dans cet arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 9 mars 1982. *Bull. Aix* 1982-1 p.8 n° 3 : « la société constituée dans le seul but de réaliser une fraude à la loi est fictive » ; v. enfin : PARIS, 16 janvier 1996. *D.* 1996, I.R., p. 76.

²⁵⁰ Il est dommage de lire parfois une assimilation des deux notions. V. notamment pour des développements relatifs à des sociétés frauduleuses sous un titre de sociétés fictives. DIENER (P.) *Ethique et droit des affaires*. *D.* 1993, *chron.*, p. 18, n° 5.- BAILLY-MASSON (C.) *La fictivité, une épée de Damoclès disparue ?* *Petites Affiches* 24 janvier 2000, n° 16, p. 7. Ce dernier article est un modèle d'enchevêtrement de notions pourtant bien distinctes : fictivité, fraude, abus de personnalité morale, interposition de personnes, simulation, et même confusion des patrimoines.

gradation. Lorsque la structure créée ne peut pas être valablement qualifiée de société, cette dernière est fictive²⁵¹. Dans certains cas, une structure peut être valablement qualifiée de société, mais il est impossible d'autoriser son fonctionnement²⁵² car elle poursuit un but frauduleux, c'est un problème de validité de la société : la société est frauduleuse. Ceci nous conduit donc à distinguer le protocole d'identification des sociétés fictives (A) de celui des sociétés frauduleuses (B).

A – L'identification des sociétés fictives

84- La fictivité évoque la fiction. Les notions doivent être distinguées. Il y a fiction juridique toutes les fois que, dans un certain but, le juriste prend une position délibérément en contradiction avec la réalité juridique, c'est-à-dire avec la manière ordinaire de construire la réalité par le droit objectif²⁵³. La fiction juridique porte donc sur la règle elle-même qui est systématisée de manière à produire un effet déterminé, contraire à la logique juridique. Cette fiction trouve son origine dans la loi. Au contraire, la fictivité affecte la mise en œuvre pratique d'une règle, mal appliquée par une volonté individuelle. Alors que la fiction juridique est tout à fait valable²⁵⁴ et fait partie des techniques juridiques, la fictivité doit au contraire être traquée car elle constitue une mauvaise utilisation du droit.

85- La société est une fiction juridique. Le débat semble tranché depuis que l'article 1842 du Code civil dispose que les sociétés jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation²⁵⁵. Cette fiction, comme d'autres, permet d'adapter des catégories

²⁵¹ V. en ce sens : LAMY *Sociétés commerciales*, n° 440.

²⁵² On la stoppe alors dès le stade de sa constitution.

²⁵³ V. LEROYER (A.-M.) *Les fictions juridiques*. Thèse Paris II, 1997.- V. encore la définition de : WICKER (G.) *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*. L.G.D.J., 1997, p. 12, n° 2 : une fiction juridique s'analyse comme « l'altération d'un ou plusieurs concepts juridiques par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur application. »

²⁵⁴ Il ne faut donc pas se fier à la connotation négative du mot fiction qui renvoie à l'idée de dénégation de la réalité.

²⁵⁵ C'est également le cas en droit belge. L'inscription au greffe est prépondérante pour l'obtention par la société de la personnalité morale, plus que la reconnaissance d'une individualité juridique distincte. Ce système est calqué sur de nombreux pays européens et notamment la France. Mais le greffier en Belgique, se limite au respect de simples formalités administratives pour l'inscription, sous réserve de l'intervention d'un notaire pour certains types de sociétés. V. sur ce point : BENOIT-MOURY (A.) *De l'art. 1832 C.C. au concept belge de société depuis juillet 96*. In *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud : Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du 20^e s.* Dalloz, 1997, p. 33 et s. notamment p. 39, n° 10.

juridiques trop rigides²⁵⁶. En l'espèce, elle permet l'affectation patrimoniale. Mais la fiction juridique admise par la loi doit être bien appliquée²⁵⁷. L'utilisation de la technique sociétaire doit être légitime. A défaut, la société devient fictive.

La fictivité inspire les auteurs, chacun essayant de dégager un critère de reconnaissance qui serait décisif. Certains ont cru voir dans la fictivité un cas particulier de simulation²⁵⁸. Un argument s'élève toutefois face à la systématisation de cette hypothèse : il existe rarement de contre-lettre derrière une société fictive²⁵⁹, mais plutôt des personnes. Ce n'est pas l'objet du contrat qui est simulé, lequel serait exercé tout aussi bien sans l'enveloppe sociétaire, ce sont les personnes effectivement détentrices du patrimoine. La simulation n'est pas l'objet de la société²⁶⁰, mais un effet possible de la fictivité de la société²⁶¹. De l'analyse de la jurisprudence, un nouveau critère semble émerger : la référence à l'activité est analysée (1). Une relecture du traditionnel critère d'*affectio societatis* constitue une autre piste envisageable (2).

1 - Le critère émergeant mais insuffisant : l'activité

86- Selon ce critère, la fictivité²⁶² résulte davantage des faits, des circonstances de la constitution, que de l'acte constitutif de la société. Il consiste en la recherche des manifestations d'une activité réelle et autonome. Les faisceaux d'indices factuels utilisés doivent être trouvés dans la structure de la société mais également dans son fonctionnement futur. Ce critère de l'activité est très réaliste (a), mais il est incomplet car il ne parvient pas à s'appliquer à toutes les sociétés (b).

²⁵⁶ V. également en ce sens, LEROYER (A.-M.) *Op. cit.*, deuxième partie de la thèse : L'auteur démontre le rôle des fictions en tant que procédés techniques et instrument de politique juridique.

²⁵⁷ LEROYER (A.-M.) *Op. cit.* Troisième partie. L'auteur démontre que les fictions doivent avoir des limites. Il faut cantonner la fiction, l'empêcher de sortir de son rôle, notamment quand la finalité qui la justifiait cesse, quand elle produit un effet pervers, ou quand elle devient contraire à la politique juridique qu'elle devrait servir.

²⁵⁸ CALAIS-AULOY (J.) *Sociétés fictives*. Rép. Dalloz commercial, n° 1.- ROUAST-BERTIER (P.) *Société fictive et simulation*. Rev. sociétés 1993, p. 725 et s.

²⁵⁹ MARTIN-SERF (A.) *Faillite et personnes morales*. In *Hommages à René Roblot : Le contrôle de concentration d'entreprise*. L.G.D.J., 1995, p. 15.- Également pour l'illustration de la contre-lettre possible : GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.) *Traité de droit civil, les effets du contrat*. L.G.D.J., 1994, n° 506.

²⁶⁰ Sinon, on se rapproche d'une hypothèse de fraude.

²⁶¹ En réalité, la simulation est une technique juridique, tout comme la société. La fictivité est au contraire un état : c'est le résultat de certaines manipulations de techniques juridiques.

²⁶² A l'instar de la fraude. V. *infra* n° 105.

a) *Un critère réaliste*

87- Une fois l'objet social déterminé, il s'agit de voir s'il a une réalité. C'est donc à la lumière du fonctionnement effectif de la société que l'on apprécie si rétroactivement elle doit être considérée comme une société fictive²⁶³. La recherche porte sur la réalité d'une activité, en particulier économique²⁶⁴. Il est communément admis qu'exercent une activité économique, les personnes qui interviennent dans la production, la transformation et la circulation de biens et de richesses²⁶⁵.

Certains auteurs appuient cette analyse²⁶⁶. Ils dénoncent alors que certaines sociétés sont dénuées de « toute activité d'entreprise », de toute activité économique réelle²⁶⁷, dépourvues « d'activité propre »²⁶⁸, et n'ont pour unique but que la protection d'un patrimoine privé. Enfin, la Cour de cassation, le 22 juin 1999 a expressément relevé qu'une activité ne correspondait à aucune réalité²⁶⁹.

88- Le recours à la notion d'activité présente des avantages. L'œuvre commune, à laquelle il est fait allusion dans la définition de l'*affectio societatis* posée par la Cour de cassation en 1986²⁷⁰, est une expression au spectre large qui permet d'intégrer tout type

²⁶³ V. la recherche infructueuse effectuée dans Cass. com., 2 décembre 1997. Bull. Joly 1998, § 162, p. 472, note DAIGRE (J.-J.)

²⁶⁴ Introduite par la loi du 1er mars 1984 relative à la prévention des difficultés des entreprises, la notion d'activité économique soulève un problème de définition. Lors des débats préalables au vote de cette loi, il a été précisé que « par activité économique, il faut entendre toute activité de production, transformation, distribution de biens meubles ou immeubles et toute prestation de services en matière industrielle, commerciale, artisanale, agricole » (J.O.A.N. CR, 6 déc. 1983, p. 6016.)

²⁶⁵ Depuis l'entrée en vigueur du texte de 1984, la définition n'a pas été affinée par les tribunaux : aucun critère déterminant n'a été dégagé.

²⁶⁶ DIENER (P.) La société en nom collectif dont tous les associés sont des EURL. Art. préc., n° 17.- FREYRIA (C.) Art. préc.

²⁶⁷ Cass. com., 21 novembre 1995. R.J.D.A. 1/1996, n° 918, p. 95.

²⁶⁸ PARIS, 7 juillet 1995. J.C.P. éd. E.1996, I, 541, n°1, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.)

²⁶⁹ Cass. com., 22 juin 1999. Bull. Joly 1999, § 229, p. 980, obs. COURET (A.) ; Defrénois 1999, art. 37061, n° 11 ; J.C.P. éd. E. 2000, jp, p. 181, obs. CUTAJAR (C.) ; J.C.P. 2000, II, 10266, obs. MENJUCQ (M.) ; Rev. sociétés 1999, p. 824, note CONSTANTIN (A.) et plus spécialement n° 10 sur le critère d'activité. Une société de droit russe, la société Baltic a financé la construction d'un navire au moyen d'un crédit consenti par une banque, société de droit allemand (Kreditanstalt.) Le droit russe ignore l'hypothèque maritime. La société constitue donc une filiale de droit chypriote la société Baltcy qui se porte co-emprunteur. Le navire est immatriculé à son nom et elle consent une hypothèque à la banque. La société Baltic est condamnée à payer la somme à d'autres créanciers, dans les droits desquels est subrogée la société Interpac. Elle fait procéder à la saisie du navire, le vend et procède à la distribution. Il y a des difficultés lors des procédures de distribution, si bien que les créanciers chirographaires dont Interpac, prétendent que l'hypothèque maritime, consentie par une société fictive est nulle, et que la banque doit être colloquée au marc le franc en concurrence avec les autres créanciers. La Cour de cassation retiendra la fictivité de la société aux motifs qu'un des associés est un prête-nom, que la société n'a pas de structure propre, ni de réelle activité.

²⁷⁰ V. Cass. Com., 3 juin 1986. Rev. sociétés 1986, p. 585.

d'activités. Elle ne réduit pas l'objet de la société à la notion d'entreprise²⁷¹. Faire référence à la notion d'activité permet une vision plus ample du monde sociétaire. L'utilisation de la notion d'activité vient suppléer celle d'entreprise, englobant tous les composants d'un cycle économique, après que l'on ait pris conscience des limites de la définition de l'entreprise²⁷². De surcroît, elle se distingue de l'industrie et du commerce²⁷³. Elle peut être lucrative ou non, commerciale ou libérale.

89- Toutefois, la notion ne permet pas de résoudre toutes les difficultés. La société civile immobilière pose par exemple des problèmes²⁷⁴. A-t-elle ou non une activité économique²⁷⁵ ? Certaines Cours d'appel le réfutent²⁷⁶, d'autres l'admettent à la condition de constater la gestion de plusieurs immeubles²⁷⁷. La recherche de l'activité de ce type de société est rarement effectuée. Pourtant, l'article L 612-5 du Code de commerce, récemment modifié par la loi N.R.E.²⁷⁸, étend le contrôle des conventions réglementées aux sociétés civiles ayant une activité économique. Les sociétés civiles de gestion immobilière sont, sans aucun doute, visées par cette disposition. La question de l'activité économique des S.C.I. devrait donc être clarifiée²⁷⁹. La définition de l'activité économique pourrait, à cette occasion, être précisée.

²⁷¹ Sur le lien entre les notions d'activité et d'entreprise, v. notamment : COHET (Fr.) *Patrimoine et entreprise*. Thèse préc., p. 441 et s.

²⁷² Sur l'importance de la notion d'activité en droit commercial et par analogie, l'évolution de la lecture de l'art. 632 du Code de commerce vers un critère plus général : FROSSARD (J.) L'immeuble et le droit commercial, R.T.D. com. 1966, p. 536.

²⁷³ V. en ce sens, le nouvel art. L 612-5 C. com. Il existe des personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique.

²⁷⁴ La définition apparaît suffisamment précise lorsque la société civile immobilière développe des opérations de construction ou de commercialisation effectuées de façon habituelle. En revanche, lorsqu'il s'agit d'opérations de gestion d'un patrimoine familial, le critère de production et de circulation de richesses perd de sa pertinence.

²⁷⁵ Selon la réponse, on pourra leur appliquer les mesures de redressement par voie de continuation ou non. Ce qui paraît logique puisque les sacrifices qu'impose la loi du 25 janvier 1985 aux créanciers ne peuvent se justifier que par l'intérêt général et notamment la préservation et le redressement d'une activité économique. Sur la question v. : MBARGA (A.) Les formes sociétaires de gestion du patrimoine immobilier à l'épreuve des procédures collectives. Dr. sociétés 1999, chron., p.4.

²⁷⁶ CHAMBERY, cité par MBARGA (A.), *loc. cit.*

²⁷⁷ DOUAI, 30 avril 1998, cité par MBARGA (A.), *loc. cit.*

²⁷⁸ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, art. 112 (J.O. 16 mai 2001).

²⁷⁹ V. notamment : Cass. civ. 1^{re}, 12 mars 2002, n° 99-15.598, 486 FS-P+B+R, Sully c/ UCB (Cet arrêt est reproduit à la brochure hors série du dictionnaire permanent de droit des affaires consacrée aux points forts de la jurisprudence en 2002.) La Cour de cassation a censuré la Cour d'appel qui n'avait pas recherché si une société civile immobilière « n'avait pas une activité économique propre à caractériser une entreprise ».

90- L'utilisation d'une S.C.I. ou d'une holding est admise pour organiser le patrimoine²⁸⁰. Toutefois, cette admission semble liée au type de société intéressée, pour lequel on s'accorde que leur fonction peut être l'organisation du patrimoine. Une telle conception opère donc une distinction entre les sociétés qui ont vocation à être des structures d'entreprise, et les sociétés qui ont davantage vocation à organiser le patrimoine. La fictivité s'apprécierait alors au cas par cas selon le type de société adopté et la fonction qui lui est dévolue.

C'est peut-être cette démarche que l'on retrouve appliquée par la Cour de cassation dans certains arrêts. Ainsi, elle a reconnu qu'une société en nom collectif était fictive car elle n'avait aucune activité économique réelle²⁸¹. Mais elle admet qu'une S.C.I. puisse être constituée dans le seul but de faire échapper l'immeuble dont elle est propriétaire aux poursuites des créanciers, car ces motifs sont impropres à caractériser la fictivité²⁸². Ceci confirme qu'une société peut être une technique d'isolement du patrimoine²⁸³.

91- Différencier les critères de reconnaissance des sociétés fictives selon le type de société en cause semble complexe et peu favorable à la sécurité juridique. Cette différence de traitement concernant un objectif pourtant identique gêne et conduit à espérer que l'arrêt censurant la S.N.C. n'est qu'une décision d'espèce²⁸⁴. En effet, plus que jamais l'ingénierie sociétaire conduit les praticiens à utiliser tout type de société pour organiser le patrimoine. Ainsi, une S.A. au même titre qu'une S.C.I. est susceptible d'organiser le patrimoine immobilier²⁸⁵. De plus, les notions d'activité et d'entreprise sont insuffisantes à englober tous

²⁸⁰ DIENER (P.) Art. préc., n° 20.- V. également obs. HOVASSE (H.) in Defrénois 1999, art. 37061, n° 11. La personnalité morale correspond à un besoin d'organisation juridique, on y recourt pour donner une autonomie à l'exploitation d'un bien.

²⁸¹ Cass. com., 21 novembre 1995. J.C.P. éd. E. 1996, II, n° 852, obs. DAIGRE (J.-J.) Une S.N.C. constituée pour prendre en crédit bail un ensemble hôtelier à construire, qu'elle sous-loue immédiatement à une S.A.R.L. est déclarée fictive car elle n'avait aucune activité économique réelle. Les juges feraient toutefois une appréciation *in concreto* de la fictivité.

²⁸² Cass. com., 25 juin 1996. Bull. IV, p. 162, n° 190.- Quot. Jur. 16 juillet 1996, p. 2.- Cass. Com., 25 novembre 1997. D. affaires 1998, p. 76, obs. BOIZARD (M.) laquelle assimile les notions de fictivité et confusion des patrimoines ; Rev. sociétés 1998, p. 586, obs. PORTERON (C.)- Cass. Com., 27 octobre 1998. J.C.P. éd. G. 1998, p. 1955.

²⁸³ PORTERON (C.) Art. préc., n° 11.

²⁸⁴ V. en ce sens : COZIAN (M.) Société civile immobilière – société d'exploitation : est-ce vraiment un couple infernal ? J.C.P. éd. E. 1997, I, p. 634 ; DAIGRE (J.-J.) obs. ss Cass. com., 14 octobre 1997. Bull. Joly 1998, § 18, p. 56 : « L'arrêt n'était pas publié au bulletin » contrairement aux arrêts qui ont tranché en sens contraire, qui de plus étaient des arrêts de cassation faisant une « mise au point nette et rassurante ».

²⁸⁵ V. *infra*. Il y a des intérêts divers à l'adoption d'une société anonyme pour l'organisation de la détention d'immeuble : comme la nécessité de favoriser leur circulation rapide et d'optimiser fiscalement le coût des transactions. Des immeubles de très grandes valeurs qui ont vocation à changer souvent de propriétaires sont organisés sous la forme d'une S.A.

les objectifs qu'il est possible de poursuivre lors d'une constitution de société. L'activité est un critère insuffisant.

b) *Un critère incomplet*²⁸⁶

92- Le critère d'activité conduit à apprécier la fictivité à la lumière d'une lecture comptable de l'article 1832 du Code civil²⁸⁷. Dans cette perspective, une société doit être un outil servant à réaliser un cycle économique²⁸⁸. Le cycle économique postule la production, la transformation, la distribution ou la commercialisation d'un produit ou d'un service²⁸⁹. La rémunération en est la contrepartie. Cette vision ne tient pas compte de la notion « d'économies » apparue depuis le 4 janvier 1978²⁹⁰. Or ce terme fait désormais partie intégrante de l'article 1832 du Code civil. Il y a été introduit en considération des sociétés civiles²⁹¹. L'économie ne procède pas forcément du développement d'une activité, d'un acte positif. Elle peut procéder tout simplement de l'organisation de moyens sous la forme sociétaire. L'objet social peut, par exemple, être la gestion de plusieurs immeubles. Cette gestion centralisée au sein d'une seule société rationalise les coûts et génère des économies²⁹². La technique sociétaire peut viser la seule structuration. Elle procure des avantages extra-patrimoniaux, dont les incidences patrimoniales ne sont qu'indirectes. Enfin, récemment la Cour de justice des communautés européennes a admis la possibilité de constituer une société sans activité²⁹³.

93- L'économie ou les bénéfices sont les objectifs visés par l'utilisation de la technique sociétaire. L'objet social qui peut, certes, consister en l'exploitation d'une entreprise,

²⁸⁶ Sur la critique de l'emploi de ce seul critère objectif, v. CONSTANTIN (A.), note ss Cass. com., 22 juin 1999, Art. préc., n° 13 et s.

²⁸⁷ On retient uniquement la définition du bénéfice, fixée au début du siècle par la Cour de cassation comme un gain pécuniaire ou un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés. Cass. Ch. réun., 11 mars 1914, D.P. 1914, I, p. 257, note L.S. ; Cass. civ., 2 mars 1931, D.H. 1931, p. 285.

²⁸⁸ Sur cette vision de la société, v. la définition restrictive posée par de LEIRIS (C.) Définition de la société. J.-Cl. Sociétés traité, fasc. 6, n° 1.

²⁸⁹ Cela illustre toute l'imprégnation qu'a pu opérer la loi du 24 juillet 1966 et l'influence de l'Ecole de Rennes sur le concept de société.

²⁹⁰ V. sur ce point le rapport Dailly au sénat proposant un critère tiré du but lucratif ou de la fin patrimoniale, n° 259 p. 5.

²⁹¹ GUYON (Y.) De la distinction des sociétés et associations depuis la loi du 4 janvier 1978. In *Etudes offertes à P. Kayser*. Tome I, P.U.A.M., 1979, p. 483 et s., et notamment n° 19 et s.

²⁹² V. en ce sens : PARIS, 10 mai 1995. Defrénois 1995, p. 954, obs. LE CANNU (P.) ; Bull. Joly 1995, p. 742, note JEANTIN (M.)

²⁹³ C.J.C.E. 9 mars 1999. *Arrêt Centros*. Bull. Joly 1999, p. 705, note DOM (J.-Ph.) ; Rev. sociétés 1999, p. 386 note PARLEANI (G.)

l'exercice d'une activité professionnelle, n'est que le moyen d'y parvenir. La société est la technique juridique qui permet de mettre en œuvre l'objet social. La société est un outil servant une fin. La notion d'activité n'est qu'un des moyens qui permettent de réaliser l'objectif de tout associé : faire des bénéfices ou une économie.

94- Le recours à la notion d'activité a pu séduire et aider à résoudre certains cas de fictivité²⁹⁴. Mais il est artificiel. L'activité n'est que la concrétisation d'actes, qui sont eux-mêmes la manifestation des volontés individuelles. Il ne s'agit donc pas tant de rechercher si la société a une activité que de rechercher si cette activité est le fruit d'une réelle volonté sociale²⁹⁵. La société doit s'avérer être l'outil adéquat pour satisfaire l'intérêt recherché par les associés. L'unité d'aspiration entraînant une unité d'action sert de critère dans la recherche de la fictivité²⁹⁶. L'abandon du critère d'activité se fait peu à peu en jurisprudence. Elle reconnaît la réalité de certaines sociétés destinées à jouer un rôle plus passif²⁹⁷, et notamment celles constituées en vue de séparer les risques par un éclatement de patrimoine²⁹⁸.

Pour cerner un critère d'appréciation de la fictivité, applicable à toutes les sociétés, on doit se situer au début de l'histoire de la société et non au stade où la volonté des associés peut se concrétiser.

2 - Le critère traditionnel à revisiter : l'affectio societatis

95- Il est courant de lire que l'affectio societatis est un critère aujourd'hui dépassé (a). Sa définition usuelle permet de douter de son existence dans de nombreuses sociétés. En

²⁹⁴ Cette recherche de la réalité de l'activité est particulièrement effectuée concernant les sociétés unipersonnelles. Un intérêt social autonome, différent de celui de l'associé unique est nécessaire. Pour certains auteurs, cet intérêt social autonome montre que la personnalité morale a une consistance. V. notamment CONAC (P.-H.) Quelques réflexions sur un avant-projet de loi créant une société par actions simplifiée unipersonnelle. Bull. Joly 1999, § 199, spéc. p. 618.- La fictivité qui concerne un vice de constitution, ne devrait pas s'apprécier au regard du fonctionnement, mais au regard des perspectives de fonctionnement. Or celles-ci sont décrites par l'intérêt de l'associé unique de se mettre en société. A ce stade, l'intérêt de l'associé unique se confond avec l'intérêt social. Si la réalité du fonctionnement montre une méconnaissance de l'autonomie de la personne morale, il ne s'agit plus de fictivité, mais, suivant l'atteinte, de confusion des patrimoines, abus de bien social, etc. V. *infra* chapitre 2.

²⁹⁵ V. SAINT-ALARY-HOUIN (C.) Art. préc. *In mélanges FARJAT*, n° 18 et arrêts cités en note 32, qui semblent affirmer que la fictivité est l'utilisation de la personne morale dans l'intérêt d'une autre personne morale.

²⁹⁶ GOUBEAUX (G.) Art. préc. « Les tribunaux retrouvent, par dessus les frontières juridiques, l'unité d'aspiration et d'action lorsqu'elle existe ».

²⁹⁷ Par exemple concernant les *singleship companies*, v. PORACCHIA (D.) Thèse préc., n° 684.- CONSTANTIN (A.), note préc., n° 17.- concernant les S.C.I., v. Cass. com., 25 novembre 1997. Préc.

²⁹⁸ « Cette séparation des risques par éclatement du patrimoine est d'autant moins un indice de fictivité des sociétés qu'elle est au contraire l'une de leurs principales raisons d'être. » CHAMPAUD (Cl.) et DANET (D), obs. ss Cass. com. 19 mars 1996. R.T.D. com. 1996, p. 687.

revanche, le retour à l'essence de la notion ranime son intérêt et en autorise une exploitation fructueuse (b).

a) *Un critère en perte de vitesse*

96- L'exigence d'*affectio societatis*²⁹⁹ ne résulte pas textuellement des articles 1832 et 1833 du Code civil, mais la doctrine l'a déduite de ces articles et érigé en composante du contrat de société. C'est un élément psychologique, une sorte de sentiment de partenariat plus qu'un concept³⁰⁰. Plusieurs définitions de l'*affectio societatis* ont été proposées³⁰¹. De nombreux doutes quant à son utilité ont été émis³⁰². La doctrine classique a dégagé trois critères d'identification de la notion : l'intention d'entreprendre quelque chose ensemble, la collaboration au cours de la vie sociale à une œuvre commune et un travail sur un pied d'égalité³⁰³.

La Cour de cassation, à son tour, l'a défini comme l'expression traduisant la volonté des associés de collaborer ensemble sur un pied d'égalité à l'œuvre commune³⁰⁴. On parle de « fraternité »³⁰⁵.

97- Traditionnellement, les auteurs le retiennent comme un critère d'appréciation de la fictivité³⁰⁶. La jurisprudence n'a pas fait évoluer la définition de l'*affectio societatis*. Elle n'a pas prévu non plus de degrés d'appréciation, fonction de la forme de société en cause, si bien qu'il est permis de s'interroger quant à son existence dans les sociétés de capitaux³⁰⁷, ou encore dans les sociétés unipersonnelles³⁰⁸. La pertinence de ce critère est aujourd'hui

²⁹⁹ V. J.-Cl. Sociétés traité, fasc. 19.

³⁰⁰ COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. Cit.*, n° 180.

³⁰¹ Sur cette quête de définition, v. DIENER (P), note sous Cass. civ. 3^e, 22 juin 1976. D. 1977, p. 619.

³⁰² V. notamment DIDIER (P.) *Droit commercial, tome 2, l'entreprise en société, les groupes de sociétés*. PUF, 1999.

³⁰³ HAMEL (J.) *L'affectio societatis*. R.T.D. civ. 1925, p. 761. *Adde* : AMIAUD. *L'affectio societatis*. *Mélanges Simonius*, 1955, p. 1.

³⁰⁴ Cass. com., 3 juin 1986. Rev. sociétés 1986, p. 585, obs. GUYON (Y.)

³⁰⁵ GUYON (Y.) *La fraternité dans le droit des sociétés*. Rev. soc. 1989, p. 439.

³⁰⁶ V. par exemple : MERLE (Ph.) *Op.cit.*, n° 46.

³⁰⁷ Que dire de l'actionnaire-épargnant ? - V. également COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. Cit.*, n° 182.- Certains auteurs vont même jusqu'à parler de « *desaffectio societatis* », v. BAILLY-MASSON (C.) *La fictivité, une épée de Damoclès disparue ?* Petites Affiches 24 janvier 2000, n° 16, p. 6.

³⁰⁸ « Comment concilier ce sentiment et la qualité d'associé à moins de tomber dans le narcissisme ? ». COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 1401.

contestée³⁰⁹. La difficulté réside dans le fait que la notion semble définie par rapport à une vision entrepreneuriale de la société³¹⁰. Force est de constater qu'aujourd'hui, à côté de la société abritant une entreprise, il y a également des sociétés sans entreprise, auxquelles on a affecté un patrimoine. Se pose la question de savoir ce que devient l'*affectio societatis* dans ce type de société.

98- L'*affectio societatis* n'est pas un concept universel. Une étude de droit comparé révèle que ce critère est indifférent pour les sociétés de nombreux pays³¹¹, le critère formel étant le seul déterminant. C'est par analogie que certains auteurs en France préconisent une conception restrictive de la fictivité. La société aurait une existence réelle dès lors que les formalités de constitution auraient été régulièrement accomplies avec immatriculation au registre du commerce et des sociétés³¹². Si la doctrine française semble majoritairement peu favorable à cette extrême solution, l'*affectio societatis* n'en est pas moins un critère en perte de vitesse et on doute qu'il puisse constituer un critère suffisamment solide pour identifier une société fictive dans son acception actuelle.

b) Un critère à dépeussier

99- La redéfinition de l'*affectio societatis* s'impose donc pour qu'il puisse jouer un rôle. Mais elle nécessite de la prudence. En faire une notion multiforme s'adaptant à chaque type de société lui ferait perdre toute pertinence et toute autorité. Une notion variable multiplie les possibilités d'appréciation et n'assure pas la sécurité juridique. La recherche de l'essence même de ce concept impose de le dépeussier des empreintes des sociétés de partenaires et entrepreneuriales qui ont sans doute influencé sa définition et exagéré sa portée. La définition posée par la Cour de cassation³¹³ traduit particulièrement cette vision. Non seulement elle

³⁰⁹ V. CONSTANTIN (A.), note sous Cass. com., 22 juin 1999. Art. préc.- V. encore : SCHILLER (S.) *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*. L.G.D.J., 2002, n° 141.

³¹⁰ L'entreprise est bien sûr, historiquement, la finalité des sociétés. Mais malgré l'évolution juridique de la notion de société, l'entreprise reste pour la plupart des auteurs le but unique de toute société. V. en ce sens : VIDAL (D.) *Droit des sociétés*. L.G.D.J., 1998, n° 63, p. 41 : « Peut-être l'idée d'entreprise pourrait-elle suggérer un fil conducteur, dans la mesure où l'élément intentionnel de la participation – ou de l'adhésion – au contrat de société représente le plus souvent l'intention ou la cause de prendre part au partage d'un risque d'entreprise, d'une manière évidemment variable selon le type de société et la situation d'associé. »

³¹¹ TUNC (A.) *Op. cit.* Ainsi en est-il en droit anglais mais également en droit chypriote (V. *supra* Cass. Com., 22 juin 1999.) Pour les tribunaux français, une société étrangère existe en principe du seul fait de sa constitution dans les formes légales de son pays.

³¹² NOTTE (G.) *Les sociétés en sommeil*. J.C.P. éd. G. 1981, 13022.

³¹³ Cass. com., 3 juin 1986, préc.

intéresse essentiellement les petites sociétés, mais encore elle impose de s'inscrire dans l'action, c'est-à-dire bien après le stade de la constitution.

100- Comme tout contrat, la société résulte d'un processus de construction complexe. La distinction entre l'étape de l'intention et l'étape de l'action permet de situer dans un premier temps la notion.

Les manifestations de l'*affectio societatis* ont souvent été recherchées dans ce qui correspond au fonctionnement de la société. L'appréciation du comportement des associés est conduite à ce stade. Tel est le cas de la réalité des deux vecteurs de participation que constituent les apports ou le partage des résultats, qu'ils soient positifs ou négatifs. Elle se manifeste de différentes façons. Du simple vote à l'assemblée générale³¹⁴ jusqu'à la co-gérance, la collaboration en vue de l'intérêt commun ne s'extériorise pas de manière uniforme. Or l'*affectio societatis* ne peut pas se résumer à l'une ou l'autre de ces actions. Il ne semble pas opportun de retenir des critères fonctionnels afin de la définir³¹⁵. Il se situe davantage au stade de l'intention.

L'intention de constituer une société résulte de volitions, qui autorisent la qualification de société³¹⁶. Les volontés sont causées et peuvent renvoyer ainsi indéfiniment à d'autres volitions. Elles forment un enchaînement complexe. S'il convient toutefois de retenir une seule volonté pour pouvoir qualifier le contrat de société, c'est celle d'*user de la technique sociétaire dans une finalité précise*, parfois commune, qu'il faudra authentifier. Cette volonté de s'associer ne se confond d'ailleurs pas avec les mobiles ou les motivations³¹⁷.

La finalité commune ne pose pas de difficulté, puisqu'il s'agit de réaliser un profit³¹⁸ : des bénéfices ou une économie. Elle est prédéfinie par l'article 1832 du Code civil. Elle recouvre ainsi l'intérêt social, qui à ce stade ne peut correspondre à rien d'autre que l'intérêt commun des associés.

³¹⁴ L'usage des droits sociaux peut être un acte positif, le vote. Mais les droits sociaux dépourvus de ce pouvoir n'en sont pas moins utiles et démonstratifs d'un *affectio societatis*. En y souscrivant, on fait un apport à la société en connaissance de cause, acceptant que le principe d'abstention qui en découle automatiquement, soit lui-même favorable au bon fonctionnement de la société. L'usage peut donc être à degré variable. Cette remarque est l'occasion de souligner combien il est difficile aujourd'hui d'interpréter le « pied d'égalité ». L'égalité en droit des sociétés est conventionnellement mise à mal. V. MOULIN (J.-M.) *Le principe d'égalité dans les sociétés anonymes*. Thèse Paris X, 1998.

³¹⁵ V. également en ce sens : SCHILLER (S.) *Op. cit.*, n° 159.

³¹⁶ TERRE (Fr.) *L'influence des volontés individuelles sur les qualifications*. L.G.D.J., 1957, n° 300, p. 274.- Cass. com., 3 février 1998. J.C.P. éd. E. 1998, n° 13, p. 491 et J.C.P. éd. E. 1998, p. 652 n° 1, obs. PÉTEL (Ph.), Bull. Joly 1998, § 219, p. 654, note DAIGRE (J.-J.)

³¹⁷ Cass. com. 10 février 1998. Bull. Joly 1998, § 249, p. 769, note DAIGRE (J.-J.)

³¹⁸ Ce qui constitue selon certains auteurs le point de différence avec les associations. V. en ce sens : KAYSER (P.) *Sociétés et associations, leurs domaines d'application*. Thèse Nancy, 1928, p. 309. Les sociétés recherchent l'avantage de leurs membres alors que les associations recherchent le bien d'autrui.

Toutefois, il existe différents moyens pour parvenir à une fin. Le moyen qui consiste à utiliser la technique sociétaire est très particulier, car il induit des conséquences lourdes au niveau du régime juridique applicable aux parties. Le choix³¹⁹ d'user de la technique sociétaire pour réaliser cet objectif est l'*affectio societatis*. Ce choix concrétise, en cas de *pluripersonnalité* de la société, la naissance de la fraternité³²⁰ des intentions individuelles qui conduisent à l'intention de collaboration³²¹. L'*affectio societatis* implique donc la conscience de ce qu'est la participation à une vie sociale³²², et la volonté d'en user pour réaliser l'intérêt social. L'*affectio societatis* assure la connexion³²³ nécessaire entre l'intention individuelle et l'intérêt social. En cas de *pluripersonnalité*, l'*affectio societatis* est fédérateur³²⁴; en cas d'*unipersonnalité*, il est émancipateur³²⁵.

101- Cette définition littérale de l'*affectio societatis* s'impose de manière logique, car elle déspecialise le droit des sociétés en évitant de le borner au domaine de l'activité ou de l'entreprise. Elle souligne l'aspect technique du contrat de société, qui est un outil juridique au service d'une finalité. Elle s'accorde également avec l'analyse fonctionnelle d'un de ses attributs, la personnalité morale³²⁶. Ces éléments concordent et soulignent que la société est une *technique*, qui *de facto* s'adaptera à des fonctions multiples. Les sociétés sont certes polymorphes³²⁷, leurs finalités peuvent être synthétisées en trois grandes familles³²⁸, mais l'appartenance à la famille des sociétés se justifie au stade de l'intention par un seul et même critère : l'*affectio societatis*, la volonté de recourir à cette technique. Le dépoussiérage permet de retrouver l'essence de la notion. En droit romain, l'*affectio societatis* correspond à une

³¹⁹ Parmi d'autres...

³²⁰ Le *Jus fraternatis* qui serait le fondement du devoir de loyauté existant entre associés. V. sur la question : LE NABASQUE (H.) Art. préc., p. 282.- V. encore : RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Traité de droit commercial*. Tome 1, volume 2. Op. cit., n° 1056-34.

³²¹ Il renvoie donc aux sentiments des associés au moment de la constitution : ils ont conscience que seule la technique sociétaire peut leur procurer l'avantage recherché.

³²² Ce n'est pas l'*affectio societatis* qui varie. Seule la forme de cette participation varie en fonction du type de société. La participation peut consister en un vote à l'assemblée des actionnaires, tout comme en une collaboration effective à l'activité de la société.

³²³ Le terme « connexion » est à la mode (v. notamment les connexions radicales dans la thèse de Mme Schiller.) Il ne doit pourtant pas se résumer à un trait d'union dénué de consistance. Le lien se compose d'une matière apte à relier voire transformer les éléments individualisés pour en faire une entité unique. En l'espèce l'*affectio societatis* est un type de connexion spécifique au contrat de société, qui est le seul à faire des parties, non des personnes aux intérêts sinon antagonistes du moins différents, mais des personnes à l'intérêt identique

³²⁴ Il fédère la somme des intentions individuelles vers l'intérêt commun. Il identifie ainsi l'esprit de collaboration nécessaire : la conscience de ce qu'implique l'usage de la technique sociétaire.

³²⁵ Il permet à l'intention individuelle de se réaliser de manière autonome.

³²⁶ Sur l'aspect fonctionnel de la notion d'*affectio societatis*, v. également : REBOUL (N.) *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*. Rev. sociétés 2000, p. 425 et s.

³²⁷ SAINTOURENS (B.) *La flexibilité du droit des sociétés*. Art. préc., p. 457.

³²⁸ L'organisation du partenariat, de l'entreprise ou du patrimoine selon Messieurs COZIAN et VIANDIER et Mme DEBOISSY, op. cit., n° 31 et s.

intention des parties de se soumettre à la qualification contractuelle de sociétés³²⁹. Les perfectionnements apportés par la doctrine classique ont concrétisé le critère, sans doute pour la plus grande sécurité juridique. Mais ils ont éloigné la définition de la logique de la notion. Elle doit servir à identifier l'intention du recours à la technique pour réaliser un objectif. Cette définition permet seule la qualification de société³³⁰.

102- Ce retour à une définition intentionnelle de l'*affectio societatis* permet-il d'identifier de manière plus aisée les sociétés fictives? L'*affectio societatis* complète opportunément les critères de qualification de la société.

Les critères de *présence* de la volonté individuelle ou de l'intérêt commun pris isolément ne sauraient suffire. En revanche, leur *absence* est le révélateur d'une nécessaire absence d'*affectio societatis* et donc de volonté de s'associer.

Plusieurs volontés individuelles de constituer une société peuvent coexister, mais ne jamais s'accorder sur une société unique³³¹. De même, plusieurs personnes peuvent avoir un même intérêt à dégager un bénéfice, mais pas nécessairement au moyen de la technique sociétaire³³². En présence de ces éléments, la recherche porte sur la preuve de l'intention de s'associer, de retirer de la technique sociétaire le bénéfice escompté. L'usage de la société est motivé par l'avantage recherché. L'utilité subjective de la technique sociétaire est recherchée. Cela conduit le juge à l'exploration de l'intention des parties³³³. Mais cette intention ne doit

³²⁹ L'expression latine est empruntée à un texte d'Ulpien rapporté au Digeste de Justinien. Cette notion d'intention était d'ailleurs reprise par des auteurs du XVII^e et du XVIII^e siècle tels que DOMAT ou POTHIER. V. sur ce point : SCHILLER (S.) *Op. cit.*, n° 140.- REBOUL (N.) Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis*. Rev. sociétés 2000, p. 425 et s., n° 1.

³³⁰ Si l'*affectio societatis* était une vieille lune, elle n'éclairerait pas aussi puissamment le domaine sociétaire... V. CHAMPAUD (Cl.) et DANET (D.) sous. R.T.D. com. 1993, p. 516. Il est « de l'essence des S.C.I. comme des autres sociétés. Ce n'est pas une vieille lune juridique. La jurisprudence en entretient soigneusement la flamme. »

³³¹ L'illustration de cette hypothèse peut être le cas de différents acquéreurs de lots d'une copropriété immobilière. Monsieur et Madame Dupont, investisseurs, souhaitent acheter un quatre pièces et un deux pièces. Madame Durand et Madame Martin, médecins, achètent des bureaux. Les acquéreurs souhaitent tous constituer une société civile immobilière. Les volontés individuelles existent, mais ne se rejoignent pas vers une société unique. Deux S.C.I. naîtront de ces volontés individuelles à défaut d'*affectio societatis*.

³³² Ainsi, quatre personnes peuvent avoir un intérêt commun en souhaitant retirer des bénéfices d'un projet commun. Mais ils peuvent le faire à l'aide de créations juridiques diverses. Deux d'entre eux s'accorderont pour constituer ensemble une S.A.R.L., le troisième préférera être salarié, le quatrième passera des contrats d'entreprise avec la société. L'intérêt commun existe : retirer un bénéfice d'un projet unique, mais ne se traduit pas par une société unique.

³³³ CUTAJAR-RIVIERE (C.) Thèse préc., n° 319.

pas se confondre avec le mobile. Elle demeure la recherche abstraite et non concrète³³⁴ du motif de l'association.

La conscience de l'adhésion à la technique sociétaire est alors en question et peut-être avec elle, son intensité. Du degré d'exigence retenu dépendra le plus ou moins grand nombre de sociétés fictives. L'homme de paille devrait entraîner irrémédiablement la fictivité de la société. Tel est le cas de la vieille tante figurative qui servait autrefois à obtenir le nombre nécessaire d'associés dans la S.A. L'appréciation des juges du fond reste donc essentielle dans l'importance de la notion.

C'est à la lumière de l'*affectio societatis* et de la connexion causale qu'elle opère que l'on peut valablement qualifier la société.

103- Avec l'*affectio societatis* conçue restrictivement comme un esprit de fraternité, il était légitime de s'interroger sur la pertinence du critère face aux sociétés unipersonnelles. Lors de l'accueil par notre droit, des sociétés unipersonnelles, certains auteurs avaient remarqué que l'on institutionnalisait les sociétés fictives³³⁵. Il serait illusoire de prétendre que la fraternité existe de fait. Mais elle est intégrée en droit. Elle n'est à ce stade qu'une composante éventuelle du projet initial. L'intention de recourir à la technique sociétaire est, certes, initialement, mue par les intérêts perçus à affecter un patrimoine, une activité à une société. Mais ce choix laisse supposer que le constituant a intégré un paramètre : la société peut s'ouvrir à l'entrée d'autres associés.

104- L'*affectio societatis* serait le sentiment que l'association³³⁶ est la solution pour servir l'intérêt initial. L'identité d'objet, de dénomination, de siège ne suffit plus à caractériser en jurisprudence une société fictive³³⁷. Il convient de rechercher la réalité de leur volonté commune de s'associer en vue d'obtenir de la structure sociétaire un avantage. La volonté

³³⁴ Il ne s'agit pas de savoir ce qui pousse l'individu à constituer une société, comme par exemple : faire une économie, recueillir des dividendes importants, isoler le patrimoine, etc. V. également en ce sens : REBOUL (N.) Art. préc., n° 2.

³³⁵ DAUBLON (G.) Remarques sur l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. Defrénois 1986, art. 33641, n° 10.

³³⁶ La circulaire du 15 septembre 1977 relative au vocabulaire judiciaire recommande d'ailleurs de substituer l'expression latine par « intention de s'associer ». RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Traité de droit commercial*. Tome 1, volume 2. Op. cit., n° 1056-34.

³³⁷ Sur les motifs impropres à caractériser une société fictive, V. Cass. com., 19 mars 1996. D. 1996, I.R., p. 103.- Cass. com., 14 octobre 1997. Bull. Joly 1998, § 18, p. 56.- Cass. com., 27 octobre 1998. D. 1998, I.R., p. 260.

individuelle retrouve un rôle essentiel lors de la constitution de la société³³⁸. Les associés attendent, avec une unité d'aspiration, un avantage, une création de richesse³³⁹ au sens large, que la technique sociétaire peut leur fournir. La société est l'outil, la technique qui sert l'objectif. Une société est fictive lorsque un ou plusieurs associés n'avaient pas l'intention de recourir à la technique sociétaire pour atteindre cet objectif.

Lorsque le recours à la technique sociétaire est intentionnel mais motivé par la poursuite d'intérêts illicites³⁴⁰, la société sera condamnée au nom de la fraude³⁴¹.

B – L'identification des sociétés frauduleuses

105- La quête d'un critère d'identification de la fictivité nous a conduit à la recherche de l'intention du ou des constituants. C'est un critère intentionnel abstrait. Il présente l'inconvénient d'introduire dans les paramètres d'appréciation, un élément psychologique³⁴². Mais par la même occasion, il est possible d'estimer le caractère frauduleux de la volonté de s'associer³⁴³ en considérant cette fois un critère intentionnel concret.

106- La fraude, comme l'apparence ou la force majeure, est un « fait correctif de régime juridique »³⁴⁴. Ainsi les actes entachés de fraude sont inopposables aux personnes auxquelles

³³⁸ Le rôle des associés est déterminant puisque leur volonté individuelle, et même en amont leur cause objective, est prise en compte pour la qualification. V. TERRE (Fr.) *L'influence de la volonté individuelle sur la qualification*. *Op. cit.*, n° 294 et s.

³³⁹ SCHMIDT (D.) *De l'intérêt social*. J.C.P. éd. E. 1995, I, 488.

³⁴⁰ Comme contrevenir au droit de gage des créanciers par exemple.

³⁴¹ Revenons un instant sur l'arrêt du 22 juin 1999 pour lui appliquer notre critère. La Cour de cassation retient la fictivité de la société pour trois raisons cumulées : un seul co-associé à hauteur de 0,01 % qui est un prête-nom, la société ne dispose d'aucune structure pour fonctionner, et l'activité qu'elle prétend avoir ne correspond à aucune réalité. Du fait de la présence d'un prête-nom, on constate effectivement son absence de volonté de participer à la société, et donc une absence initiale d'intention réelle de recourir à la technique sociétaire en vue d'un objectif personnel. Cette seule constatation entraîne la fictivité. Concernant l'absence de structure, tout dépend de la définition donnée à ce terme. Si on entend par ce mot le bâtiment, le matériel nécessaire à l'exploitation de l'entreprise, cela paraît être un critère particulièrement curieux (v. en ce sens obs. HOVASSE préc.), attaché à la notion d'entreprise et non de société. Si on entend par ce mot la mise en place des organes sociaux (assemblée...), leur absence empêche la société de fonctionner. Enfin, la réalité de l'activité ne constitue pas à notre sens un critère pertinent, puisque c'est la réalité de l'intention d'utiliser la technique sociétaire qu'il faut rechercher. Pour résumer, ce qui permet de conclure à la fictivité dans l'espèce présentée est l'absence d'*affectio societatis* (v. pour la même conclusion obs. C'UTAJAR préc.) Si l'associé à 0,01 % avait manifesté un intérêt similaire à la constitution de la société, elle n'avait aucune raison d'être dite fictive. C'est d'ailleurs ce qui se passe pour la grande majorité des sociétés civiles immobilières qui, fort heureusement, ne sont pas encore toutes fictives. Le plus grand obstacle à la validité de ce montage était la nécessaire pluri-personnalité de la société constituée dans cet intérêt.

³⁴² PORTERON (C.), obs. ss Cass. com., 25 novembre 1997, préc., n° 22.

³⁴³ Alors que l'appréciation de l'existence du seul *affectio societatis* peut laisser l'intention frauduleuse masquée.

³⁴⁴ AUBERT (J.-L.) *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*. Armand Colin, 1998, n° 218.

ils pourraient porter préjudice. L'acte de société peut être reconnu frauduleux et à ce titre annulé³⁴⁵. Il est intéressant de s'interroger sur ce qui est l'élément déterminant de la reconnaissance d'une fraude dans l'emploi de la technique sociétaire. Les fondements sont subjectifs et font appel à des préceptes moraux (1). Forts de cette impulsion, les tribunaux dégagent alors les éléments constitutifs de la fraude (2).

1 - Les fondements juridiques de la sanction de la fraude

107- La notion d'éthique (a) remporte un franc succès³⁴⁶. On y fait amplement référence, mais ce n'est qu'une version édulcorée et plus médiatique des principes qui intègrent notre système de droit (b).

a) L'insuffisance de l'éthique

108- L'éthique est à la mode³⁴⁷ parce que l'argent est une valeur dominante³⁴⁸. L'économie politique joue un rôle de matrice pour les systèmes politiques et juridiques³⁴⁹. Le droit des affaires étant lui même dominé par l'argent, il est logique que la référence à la notion d'éthique soit parfois alléguée³⁵⁰. L'expression « droit des affaires » souffre d'ailleurs d'une connotation péjorative³⁵¹ reliée à l'affairisme. En fait, le vrai problème du droit des affaires est que le fonctionnement d'une entreprise, la gestion d'un patrimoine, n'est pas

³⁴⁵ Pour les sanctions, v. *infra* n° 133.

³⁴⁶ Pourtant, il est clair qu'elle prend une distance certaine par rapport au droit économique, lequel fait primer l'utilité sur la morale. En ce sens, v. SAINT-ALARY-HOUIN (C.) La moralisation des procédures collectives : regard sur la jurisprudence récente. In *Mélanges en l'honneur de G. FARJAT, Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue ?* Ed. Frison-Roche, 1999, p. 503 et s., n° 1.

³⁴⁷ Elle donne lieu à de nombreux articles et ouvrages de doctrine juridique, v. notamment : DIENER (P.) et MARTIN (M.) *Droit des affaires : éthique et déontologie – Actes du colloque organisé à Pointe-à-Pitre*. L'Hermès, 1994 ; OPPETIT (B.) Éthique et vie des affaires. In *Mélanges offerts à André Colomer*. Litec, 1993, p. 319 ; LEONNET (J.) Éthique des affaires et droit des contrats. D. affaires 1995, p. 57 ; BARBIERI (J.-F.) Morale et droit des sociétés. Petites Affiches 7 juin 1995, n° 68 ; DELGA (J.) Éthique, éthique d'entreprise, éthique du gouvernement d'entreprise. D. 1999, chron., p. 397.- La pensée éthique connaît une renaissance spectaculaire en philosophie. Il faut la comprendre à partir des mutations de notre modernité et notamment de la mort des idéologies et utopies (v. RUSS (J.) La philosophie éthique contemporaine. In *Philosophie de notre temps*. Ed. Sciences humaines, 2000, p. 177.) L'irruption du nihilisme impose la découverte de nouveaux chemins de sagesse. L'éthique s'impose d'autant plus dans une civilisation technologique. C'est tout le sens de la pensée du philosophe H. JONAS (v. notamment *Le Principe responsabilité*. Cerf, 1990.)

³⁴⁸ DIENER (P.) Éthique et droit des affaires. Art. préc., n° 6.

³⁴⁹ FARJAT (G.) Réflexion sur les codes de conduite privés. In *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. Goldman*. Litec, 1982, p. 43.

³⁵⁰ SPIRETI (P.) L'éthique des affaires. In *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou : droit et gestion de l'entreprise*. Vuibert Gestion, 1993, p. 203.

³⁵¹ DIENER (P.) Éthique et droit des affaires. Art. préc., n° 1.

gouverné par le souci premier de respecter la loi, mais par celui de se développer, se battre contre les concurrents, d'essayer de conquérir des parts de marché : c'est la logique d'entreprise³⁵², une logique d'essor. Le droit ne gouverne pas les actes quotidiens, alors qu'au contraire un code de conduite voudrait que, dans la « jungle » du monde des affaires, on se réfère à des principes directeurs : une éthique. Ce problème n'est pas récent. Il se constate depuis la période préindustrielle, qui connut déjà des abus dus au détournement de la technique sociétaire³⁵³. Tout comme la pratique, la théorie des sciences de gestion laisse une place rare à la norme³⁵⁴.

109- En droit des sociétés, le retour en force de l'éthique est d'abord corrélatif à la plus grande liberté contractuelle jusqu'alors offerte. A défaut d'hyper-réglementation, l'éthique peut être le seul fondement capable de freiner les audaces³⁵⁵. Lorsque le droit se retire, l'éthique se donne à voir comme une première réponse possible³⁵⁶.

Ensuite, certains auteurs ne manquent pas de constater la césure entre technique du droit et éthique du droit³⁵⁷. La technique pure sans éthique permet tout camouflage. « La forme l'emporte sur le fond, les moyens débordent et étouffent les fins »³⁵⁸. La vision instrumentale du droit est alors vigoureusement dénoncée et l'éthique semble être le « barrage ultime à la prétention d'un droit des affaires purement technique, souple et pragmatique »³⁵⁹. L'utilisation

³⁵² GODE (P.) La pratique des affaires dans le cadre d'un groupe de sociétés. Petites Affiches 19 novembre 1997, n° 139, numéro spécial « pratique des affaires et contrôle judiciaire », p. 12.

³⁵³ Ces abus ont certainement justifié le contrôle exercé jadis par l'Etat sur les créations de S.A. jusqu'au début du siècle.

³⁵⁴ En ce sens, MARTIN (D.) Le rôle des concepts dans une analyse managériale : étude de cas. Séminaire IREIMAR, U.F.R. de philosophie de Rennes, journée du 15 mai 2003. Le professeur Martin remarque qu'en sciences de gestion, on parle souvent d'économie politique voire de science politique mais rarement des normes. Pourtant, la critique a un rôle essentiel dans la gestion. L'éthique, la déontologie ont leur importance.

³⁵⁵ Des comités d'éthique (*affairs-ethics*) se sont créés aux Etats-Unis. Les entreprises se dotent de codes éthiques qui suppléent à la règle de droit.

³⁵⁶ MEZGHANI (A.) L'illicite dans le commerce international : l'anomie de la société internationale. In *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*. Frison-Roche, 1999, p. 193.

³⁵⁷ DIENER (P.) Art. préc., n° 2.

³⁵⁸ *Ibid.*, n° 3.

³⁵⁹ *Loc. cit.*, l'auteur recommande de ne pas s'aligner sur ce qui se fait, sur la pratique, mais de garder un œil critique et moralisateur. Le danger serait de tomber dans le mythe de l'adaptation du droit aux faits (ATIAS (Ch.) et LINOTTE (D.) Le mythe de l'adaptation du droit au fait. D. 1977, chron., p. 251.) Il soutient que le droit des affaires n'est pas une technique neutre et rejoint en cela son affirmation dans une autre étude à propos des sociétés. (La société en nom collectif dont tous les associés sont des EURL, J.C.P. éd. E. 1992, I, 153, n° 3.) Dans cet article, l'auteur démontrait que les sociétés ne sont pas de simples outils, des mécanismes neutres et sans âme, malléable au gré des volontés individuelles, et rappelait que des principes à respecter dominent toute technique juridique.

excessive de la technique au service de l'individualisme³⁶⁰ est redoutée. L'éthique « entend réagir contre les excès de l'anthropocentrisme et de l'esprit de domination »³⁶¹.

110- Toutefois, l'examen de l'éthique elle-même pose problème. Se fait-il par référence à des règles de nature absolue³⁶² ou par référence à l'utilitarisme³⁶³, chaque acte devant être évalué en fonction de ses résultats pour l'auteur et pour les autres ? L'une serait plus favorable que l'autre à l'assimilation de certaines pratiques en droit des sociétés.

L'éthique est par essence moins sûre que le droit. Sa période de construction est assez longue. Elle dépend d'une régulation qui sera le travail du juge pour l'intégrer dans notre système de droit. A l'état brut, elle ne peut pas avoir de réelle efficacité.

Les difficultés de définition de la notion d'éthique sont telles que se hasarder à bâtir des limites sur ces fondements subjectifs effraie. En quoi des jugements de valeur peuvent constituer une véritable réflexion éthique³⁶⁴ ? Les incertitudes terminologiques qui entourent la notion d'éthique³⁶⁵ sont révélatrices des effets que l'on veut bien lui donner.

L'éthique ne peut impulser un ordre social³⁶⁶, elle n'a d'effet que sur les comportements individuels. Elle concerne des face-à-face, et ne fait pas intervenir le tiers. Seul le droit peut régler cela. Les bonnes intentions ne suffisent pas³⁶⁷. On remarque même que l'éthique sans norme peut être dangereuse³⁶⁸.

³⁶⁰ V. OPPETIT (B.) Art. préc.

³⁶¹ OPPETIT (B.) *Philosophie du droit*. Dalloz, 1999, p. 86. « A une époque très largement dominée par les positivismes, très sécularisée, très inféodée à la techno-science, ce n'est pas une mince surprise que d'observer un retour de l'éthique dans les préoccupations philosophiques. Il tient à la crainte éprouvée de divers côtés devant la mercantilisation, la technicisation et l'instrumentalisation de toutes les valeurs de la modernité. »

³⁶² C'est une approche normative qui apparaît dans la pensée de Kant ou Platon. Quelles que soient les conséquences attendues, il faut s'en tenir aux normes, qui sont imprescriptibles. Cette approche domine chez les philosophes français, au contraire du « conséquentialisme » (ie l'action morale serait celle qui considère les conséquences de nos actes aussi bien pour celui qui agit que pour les autres personnes concernées), qui est majoritaire chez les penseurs américains et allemands. Les philosophes français connaissent toutefois l'éthique de la responsabilité qui rejoint la notion de « conséquentialisme ».

³⁶³ V. Les utilitaristes Jeremy Bentham et John Stuart Mill ont développé une conception selon laquelle les valeurs morales et les lois légitimes ne sont fondées que sur la recherche du maximum de bonheur pour le plus grand nombre. (Ils ont modelé l'esprit américain jusqu'à ce jour où la théorie de la justice de John Rawls reçoit un nouvel accueil.)

³⁶⁴ JOBARD (J.-P.) *Business ethics et déontologie des activités financières : existe-t-il un modèle français ? In Ethique, déontologie et gestion de l'entreprise* sous la coordination de H. de la Bruslerie. Economica, 1992, p. 70.

³⁶⁵ On parle alternativement de code, principe, déontologie, guide...

³⁶⁶ V. en ce sens MEZGHANI (A.) Art. préc.

³⁶⁷ Quel est le véritable rôle des codes de bonne conduite des entreprises ? N'ont-ils pas plus l'effet de redorer l'image de marque de l'entreprise, que de réguler ? En ce sens : MEZGHANI (A.) Art. préc.

³⁶⁸ DIENER (P.) Art. préc., n° 9.

Enfin, l'éthique a d'autant moins d'influence quand elle ne sert que de faire-valoir pour les entreprises³⁶⁹.

111- L'éthique peut seulement inspirer nos législateurs et nos juges³⁷⁰. Le droit positif est censé réaliser un incessant progrès social. Pourtant, alors même qu'une règle est induite des besoins, des aspirations de la réalité, elle ne devient une norme que si elle est sous contrôle d'une éthique. « Même réaliste, le juriste demeure un moraliste »³⁷¹.

Quant aux juges, leurs sanctions sous couvert d'éthique leur donnent un effet durable. Le juge doit bien se référer à des valeurs, faire tendre le droit vers le bon ou le juste, lorsque les éléments objectifs font défaut. L'éthique peut l'y aider. « Chassez la morale, l'éthique revient au galop ! Elle permet de distinguer le bon de l'efficace, le souhaitable de l'opportun, et le réalisme de l'opportunisme »³⁷². De manière générale, la jurisprudence fait fréquemment référence à des notions d'équité, de loyauté³⁷³, d'honnêteté, de transparence, de bonne foi³⁷⁴, dont on peut quelquefois souligner le caractère redondant par rapport aux règles de droit qui

³⁶⁹ Les comités d'éthique fleurissent au sein des sociétés nord-américaines, qui étaient mises en cause au moment des crashes boursiers. Il est permis de douter que leur seul but soit de réguler les pratiques. Le rôle de ces comités est davantage de redorer l'image de ces firmes aux yeux du grand public. Le « déontologue », promu cadre de ces sociétés au même titre que l'ingénieur, le commercial, et le comptable, a une fonction assez indéfinissable. L'éthique se diffusant au-delà de la pensée philosophique et théorique pour intégrer la pratique ne devient-elle pas elle-même un outil, un instrument mercantile et promotionnel ?

³⁷⁰ L'instrumentalisation des règles juridiques réduites à de purs commandements lui ôte toute force de légitimation. Le droit doit nécessairement s'appuyer sur des principes moraux pour s'imposer. V. en ce sens : HABERMAS (J.) *Droit et Morale*. Seuil, 1997, cité par OPPETIT (B.) *Op. cit.*

³⁷¹ CHAMPAUD (Cl.) *Des droits nés avec nous*. Art. préc., p. 105.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ Sur le devoir de loyauté en droit, v. : LE NABASQUE (H.) *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*. R.T.D. com. 1999, p. 273 LATHÉLIZE-BONNEMAISON (M.) *Bilan et perspectives du devoir de loyauté en droit des sociétés*. Petites Affiches 23 juin 2000, n° 125, p. 7 ; v. également les remarques sur l'influence de la loyauté dans l'ordre social apportées par le Professeur CORRIGNAN-CARSIN (D.) *Loyauté et droit du travail*. In *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*. Economica, 1995, p. 125, n° 1 : L'auteur note qu'il existe des « notions antithétiques à la loyauté : la fraude, le dol, la tromperie, l'intention de nuire, l'abus de droit, ... qui imposent très souvent une approche de la loyauté par ses contraires. » n°3 : « une communauté ne peut durer si elle est fondée sur la déloyauté » n° 47 : « complément de la justice contractuelle, la loyauté contribue également à l'instauration dans l'entreprise d'un climat de confiance et, à ce titre, elle est un facteur de paix sociale », « le comportement loyal n'est il pas tout simplement le comportement normal ? » .

³⁷⁴ DEMOGUE estimait que l'idée de bonne foi était suffisamment riche pour qu'il fût possible d'en faire « sortir de nouveaux rameaux » *Traité des obligations*. Tome VI, 1931, n° 3.- V. également : Travaux de l'association Henri Capitant. *La bonne foi*. Tome XLIII (*Journées libanaises*.) Litec, 1994, et notamment le rapport de synthèse de M. Y. LOUSSOUARN p. 8 et s. qui fait allusion au flou de la notion. Elle peut alors tantôt se voir comme une « bonne foi alligator », tantôt comme une « bonne foi caméléon ». Elle est sans doute un instrument de moralisation du droit (p. 21.)

se sont ancrées dans ces mêmes principes élémentaires³⁷⁵. Plus qu'une démarche pédagogique, il s'agit pour le juge de se référer à l'esprit des textes³⁷⁶, et de rendre la justice.

112- L'éthique est indéniablement un fondement du souci actuel de traquer la fraude en droit des sociétés. Mais la pratique doit chercher sa légitimité dans le droit lui-même. Pour traquer la fraude, il est nécessaire d'envisager la Société dans sa globalité et de comprendre les interactions sociales. Seul le droit peut faire cela. Le traitement de l'illicite impose des règles de droit précises. L'utilisation de notions floues, aux multiples facettes, traduisant une règle morale est souhaitable mais ne doit pas entraîner un risque d'imprévisibilité et donc une insécurité³⁷⁷. Le droit ne peut se référer à la loi morale que pour faire le lien entre sécurité publique et justice. A cet effet et à défaut de texte spécifique, la jurisprudence assoit ses décisions sur un principe de droit, lequel peut justement trouver ses racines dans l'éthique. Seul ce principe aura valeur de norme.

b) Le principe de droit privé au secours de l'éthique

113- Ce que l'éthique ne peut réaliser, les principes de droit peuvent le faire³⁷⁸.

Apparaissant sous l'impulsion de la Cour de cassation, alors même que, parfois, aucun texte n'y fait référence³⁷⁹, ces principes peuvent être ramenés à une norme juridique existante, et puisent leur source dans l'esprit de la loi et des valeurs morales³⁸⁰. Ainsi, s'affirme la nécessité de ne pas confondre le droit avec les lois, et c'est ce qui permet à la Cour de cassation de mener à bien son entreprise de rationalisation du droit³⁸¹. Ces principes ont donc une valeur indéniable et une influence dans l'appréciation de chaque circonstance d'espèce.

³⁷⁵ SPIRETI (P.) Art. préc., p. 205.

³⁷⁶ RIPERT dans son ouvrage *La règle morale dans les obligations civiles* prône un retour de l'éthique dans le juridique. Il n'y a pas de droit sans référence à un système de valeurs, des valeurs partagées et reconnues par tous.

³⁷⁷ V. notamment : LOUSSOUARN (Y.) Rapport de synthèse préc., p. 22 à propos de la notion de bonne foi.

³⁷⁸ TERRE (Fr.) *Introduction générale au droit*, Dalloz, 1998, n° 252 et s.

³⁷⁹ RIPERT (G.) *Les forces créatrices de droit*, L.G.D.J., 1994, n° 123 et s.

³⁸⁰ MORVAN (P.) *Le principe de droit privé*. Ed. Panthéon-Assas, 1999, spécialement sur les sources d'inspiration des principes de droit, qu'il nomme à la suite de GENY « le donné », v. p. 103 et s. L'auteur distingue le donné idéal, nourri de droit naturel, d'équité, d'ordre public et de morale, le donné historique nourri des adages, de la coutume, le donné réel et le donné rationnel. L'éthique se rattache assurément au donné idéal car elle est une émanation de la morale, laquelle inspire les principes de droit (n° 236.) Mais tous les principes de droit n'ont pas cette seule vocation (n° 237 : « La morale est une source d'inspiration éventuelle, non point une source juridique du principe de droit privé ».)

³⁸¹ TERRE (Fr.) *Op.cit.*, n° 253.

Certains principes reflètent parfois mieux et de manière plus explicite les valeurs morales de notre société que la norme juridique.

114- La fraude fait partie de ces théories construites sur les « adages chargés de pensée morale »³⁸². Or l'adage en question est devenu un principe de droit appartenant à la théorie générale du droit³⁸³ : « *Fraus omnia corrumpit* ». Le fondement juridique de la sanction de la fraude se trouve être ce principe de droit fréquemment visé par la Cour de cassation³⁸⁴. Il semble donc que l'utilisation de la technique sociétaire doive souffrir l'épreuve de cet adage promu principe de droit, qui seul est apte à réguler. Ce principe inspiré de valeurs morales, d'éthique, ne trouve à s'appliquer qu'à la condition de relever certains éléments constitutifs.

2 - Les éléments constitutifs de la fraude

115- « L'utilité ne légitime pas la fraude »³⁸⁵. La fraude est le détournement d'une règle de droit pour en tirer un profit illégitime³⁸⁶. La fraude se manifeste « chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif »³⁸⁷. Pour caractériser la fraude, il faudra relever l'atteinte à une règle obligatoire (a), l'efficacité du moyen utilisé (b) et l'intention de détourner la règle (c).

³⁸² RIPERT (G.) *La règle morale dans les obligations civiles*. *Op. cit.*, n° 108, p. 191.

³⁸³ V. MORVAN (P.) *Op. cit.*, n°80.

³⁸⁴ Pour un recensement des arrêts rendus sous ce visa, v. MORVAN (P.) *Loc. cit.* et les arrêts cités en note de bas de page n° 283. En particulier, concernant le droit des sociétés, Cass. com., 21 janvier 1997. *Dr. sociétés* 1997, n° 55, obs. BONNEAU (Th.)

³⁸⁵ DIENER (P.) Un abus de personnalité morale : les sociétés en sommeil, in *Dix ans de droit de l'entreprise*. Editions techniques, 1978, n° 29, p. 97.

³⁸⁶ L'action paulienne résultant de l'art. 1167 du Code civil illustre parfaitement un cas de figure classique de la fraude : un débiteur s'appauvrit volontairement pour faire échec aux droits de ses créanciers. La technique sociétaire est un des moyens de s'appauvrir, en apportant les biens de son patrimoine personnel au patrimoine de la société.

³⁸⁷ VIDAL (J.) *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*. Dalloz, 1957, p. 208, définition reprise par : TERRE (Fr.) *Introduction générale au droit*. 4^e éd., Dalloz, 1998, n° 482.- V. encore la définition de GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE MAGNAN (M.) *Traité de droit civil. Introduction générale*. *Op. cit.*, n° 756. « C'est le mépris délibéré de la loi par la modification artificielle d'une situation de fait ».

a) *L'atteinte à une règle obligatoire*

116- Le profit retiré du montage sera illégitime s'il est le résultat de l'évitement de règles obligatoires³⁸⁸. Ces règles obligatoires peuvent concerner la protection d'intérêts privés. Il s'agit alors de fraude paulienne. Lorsqu'elles intéressent la protection de l'intérêt général, la législation est d'ordre public³⁸⁹, et on parlera de fraude à la loi. Il y a atteinte à l'ordre public lorsque la loi est contournée, soit qu'elle décrive les obligations découlant de certains types de contrats³⁹⁰, soit qu'elle impose des obligations spécifiques au nom de cet ordre public³⁹¹. L'emploi de la technique sociétaire est susceptible d'affecter tant un intérêt particulier qu'un intérêt général. Or le respect des droits des tiers s'impose autant que le respect des règles s'inscrivant dans une optique plus générale.

117- Lorsqu'il s'agit de l'utiliser pour isoler un patrimoine, la technique sociétaire est d'abord susceptible d'enfreindre une règle défendant des intérêts privés³⁹² : le droit de gage général des créanciers³⁹³. Le Conseil d'État effectuait ce type de contrôle sur les S.A. originaires. Le but était de donner des garanties tant à l'épargnant public en vérifiant l'effectivité du capital, qu'aux créanciers³⁹⁴. La nécessité de garantir ces actes n'est pas qu'un précepte de morale sociale. Son expression légale est dans l'article 2092 du Code civil. La technique sociétaire ne doit pas porter atteinte aux droits des créanciers et notamment à la consistance de leur gage. Le monde des affaires est conscient de cette dérive, ainsi qu'en témoigne la commission solidarité inter-entreprise, organisme du C.N.P.F.³⁹⁵ qui propose une charte pour l'entreprise avec pour fondement la solidarité et la responsabilité, cette dernière

³⁸⁸ Le recours à la technique sociétaire, *via* le recours à la personnalité morale, n'est pas libre. Avant de diviser son patrimoine, il ne faut pas heurter les limites instituées par la politique juridique. V. en ce sens : GUINCHARD (S.) *L'affectation des biens en droit privé français*. L.G.D.J., 1976, p. 344.

³⁸⁹ MARTIN-SERF (A.) *Sociétés fictives et frauduleuses*. J.-Cl. sociétés traité, 1998, fasc. 7-40, n° 46.

³⁹⁰ C'est la norme fondamentale du contrat, un minimum contractuel, dont le défaut peut entraîner la disqualification ou la nullité.

³⁹¹ C'est l'ordre public économique et social qui vise à protéger certaines catégories de contractants. Originellement ordre public de protection, il devient directif en imposant des règles précises, ce qui se traduit en jurisprudence par la découverte d'obligations tacites telles que l'obligation de sécurité, d'information, de conseil.

³⁹² Il existe évidemment d'autres emplois frauduleux de la technique sociétaire, mais qui ont pour but de faire échec aux lois sur la transmission du patrimoine, ou de laisser des activités illégales se développer. V. par exemple *infra* n° 424 s'agissant des transmissions.

³⁹³ GUINCHARD (S.) *Op. cit.*, n° 381 et s. Toute affectation patrimoniale trouve des limites et notamment dans le droit des tiers. Le droit peut limiter la responsabilité des associés mais ne peut organiser la spoliation des créanciers de la société.- V. PAILLUSSEAU (J.) *Le droit est aussi une science d'organisation*. R.T.D. com. 1989, p. 1 et s., n° 94.

³⁹⁴ HALPERIN (J.-L.) *Histoire du droit privé français depuis 1804*. PUF, 1996. La loi de 1867 libéralisa les sociétés anonymes en reprenant les limites et précautions instaurées par le Conseil d'État et en y ajoutant des éléments de droit pénal.

³⁹⁵ SPIRETI (P.) Art. préc., p. 206.

renfermant trois grands principes : le respect des engagements, la responsabilité des dirigeants et la réparation des dommages causés en cas de manquement aux règles.

118- L'emploi de la technique sociétaire porte atteinte également à l'ordre public, lorsqu'elle la détourne des lignes directrices législatives. Ces dernières décrivent le minimum contractuel sociétaire, lequel s'inscrit dans un système de droit global et cohérent. La liberté de créer toute formule contractuelle existe, mais il faut se placer par un acte régulier, dans une situation légale. La liberté contractuelle n'a pas valeur constitutionnelle et la loi prive les cocontractants de certaines marges de manœuvre³⁹⁶. S'agissant des créanciers, les dispositions législatives assurent par leur agencement un système de protection de leurs intérêts³⁹⁷. Car un lien s'établit nécessairement entre préservation d'un intérêt privé et préservation de l'intérêt général. Compte tenu de l'importance des contrats et de leurs mouvements sur l'économie, compte tenu de l'importance d'une économie saine pour l'intérêt général, la méconnaissance de l'intérêt des créanciers atteindrait par ricochet l'intérêt général. L'équilibre des forces économiques serait mis à mal³⁹⁸ affectant ainsi l'intérêt général. C'est la cohérence de notre système de droit préservant l'ordre public économique et social qui ne doit pas être remise en question.

L'atteinte à ces règles obligatoires protégeant les créanciers, à l'égard tant de leurs intérêts particuliers que de l'intérêt général, justifie la remise en cause de la société. Mais elle doit encore être faite au moyen d'une technique efficace et licite.

b) L'efficacité du moyen utilisé

119- La fraude emploie un procédé réel et efficace, si bien que s'applique un régime particulier en accord avec la nature du procédé utilisé. La société est un outil appréciable pour

³⁹⁶ PORACCHIA (D.) *Les montages juridiques*. Dr. et patrimoine, mai 1999, p. 50, n° 71.

³⁹⁷ La notion d'obligation de loyauté découverte comme composante d'un minimum contractuel assure des droits aux créanciers au nom de l'intérêt général. Car l'obligation de loyauté ne bénéficie pas qu'à eux mais à tout cocontractant.

³⁹⁸ Prenons l'exemple spécifique d'un créancier banquier, si on autorisait l'emploi d'une technique mettant en péril le bon recouvrement des créances d'une banque, il est clair que l'incidence directe serait une élévation du coût du crédit ou un alourdissement des conditions d'octroi de prêt par la demande de garanties complémentaires. Ce genre de réaction consécutive à l'irrespect d'une règle protégeant un intérêt privé a une répercussion immédiate sur l'intérêt général : de manière générale, les nouvelles dispositions adoptées par les établissements de crédit dans notre hypothèse conduiraient à un ralentissement des affaires, un frein à l'initiative, etc., ce qui est mauvais pour l'économie.

effectuer deux types d'opérations destinées à créer une situation juridique décalée par rapport aux faits.

120- Constituée par un contrat, la société peut être l'une des techniques de la simulation³⁹⁹. La simulation n'implique pas nécessairement la fraude, elle peut avoir un but licite⁴⁰⁰. Mais la fraude se constate fréquemment, notamment lorsqu'il s'agira de soustraire un bien à l'action des créanciers en effectuant dans l'acte apparent un apport de biens à la société, ledit apport étant dénoncé dans la contre-lettre. L'acte secret renferme en lui la véritable finalité de l'acte apparent⁴⁰¹.

121- L'efficacité de cette technique peut résider non plus dans la malléabilité du contrat qui l'instaure, mais dans l'effet que produit sa naissance sur la scène juridique. Destinée à acquérir la personnalité morale, la société dresse un écran, dont l'existence peut être contestée. Il s'agit d'abus de personnalité morale⁴⁰². Ce n'est pas l'esprit du concept de personne morale que l'on remet en question, mais bien l'emploi qui en est fait, ses conditions d'usage, son inadaptation avec le réel⁴⁰³. L'autonomie procurée par la personnalité morale ne se justifie pas, car il n'y a pas d'intérêts collectifs dignes d'être représentés et défendus. Voici apparaître la limite d'une liberté⁴⁰⁴, voire d'un droit subjectif : le droit de s'associer et d'instituer une prérogative de fonctionnement. Selon les termes de Josserand, l'abus de droit est « une destination irrégulière et antisociale d'un droit »⁴⁰⁵. L'abus de droit et la fraude doivent néanmoins être distingués⁴⁰⁶. Le seul constat d'un abus de droit, usage excessif d'une prérogative sans tenir compte de l'intérêt lésé, la détournant ainsi de sa finalité, donne lieu à des dommages-intérêts. Dans notre exemple, l'emploi de la technique sociétaire et de la personnalité morale va au-delà de l'abus pour devenir une fraude, car le moyen utilisé a pour but de se soustraire à une règle obligatoire. Ce qui fait la différence est l'intention quant au

³⁹⁹ La simulation est le fait pour un contractant de rédiger deux actes, l'un contredisant l'autre ou y apportant des éléments qui sont destinés à ne pas être dévoilés aux tiers.

⁴⁰⁰ V. TERRE (Fr.) *Op. cit.*, n° 402.

⁴⁰¹ La société sera, en pratique, l'acte apparent. Le contrat simulé est, par exemple, un contrat de vente [Cass. com., 10 juin 1953. J.C.P. 1954, II, 7908, note BASTIAN (D.)], de donation [Cass. civ., 17 mars 1987. J.C.P. 1988, II, 20959, obs. DAGOT (M.)] ou de prêt [Cass. com., 12 décembre 1978. D. 1980, I.R., p. 161, obs. BOUSQUET (J.-Cl.)]

⁴⁰² FADEL RAAD (N.) *L'abus de personnalité morale en droit privé*. L.G.D.J., 1991.

⁴⁰³ FADEL RAAD (N.) *Op. cit.*, n° 5 à 7.

⁴⁰⁴ Sur la confrontation des notions de liberté et d'abus de droit, v. CALAIS-AULOY (M.-T.) *De la limite des libertés à l'inutilité de la notion d'abus de droit. La notion de liberté privilégiée*. Petites Affiches 13 décembre 1991, n° 149, p. 12.- Egalement : RIPERT (G.) *La règle morale*. *Op. cit.* p. 163, n° 92. « Celui qui use de son droit peut réclamer une impunité plus grande que celui qui prétend simplement user de sa liberté ».

⁴⁰⁵ HALPERIN (J.-L.) *Histoire du droit privé français depuis 1804*. *Op. cit.*, p. 195, n° 130.

⁴⁰⁶ V. en ce sens : MORVAN (P.) *Op. cit.*, p. 568, r.° 607.

moyen utilisé. Pour constater la fraude dans l'utilisation de la personne morale, il faut relever une intention illicite.

Ce n'est pas la technique sociétaire et les effets qu'elle emporte qui sont condamnés. Ils sont parfaitement licites. C'est l'emploi, contrairement au but qui lui est socialement assigné, qui est prohibé. Il trompe les tiers et fraude la loi. Les créanciers ne disposent pas d'un privilège réel sur des actifs déterminés. La consistance du patrimoine peut varier à tout moment. Lorsque des biens sont apportés à une société, les créanciers sont privés du gage qu'ils pourraient avoir sur ces biens. Le gage se reporte sur des droits sociaux. Mais il est possible qu'il n'y ait pas concordance entre la participation au capital représentée par les droits sociaux et la valeur des biens effectivement apportés⁴⁰⁷. De plus certains droits sociaux sont souvent moins aisément négociables mais plus facilement dissimulables que des biens corporels. La société peut donc être paulienne, dès lors que le but était bien d'appauvrir un patrimoine⁴⁰⁸. La recherche principale concerne alors l'intention.

c) L'intention de détourner la règle

122- Il s'agit de condamner la recherche d'une fin illicite ou immorale⁴⁰⁹. Les éléments subjectifs, intellectuels qui conduisent à la constitution de la société, sont analysés. En fait, il faut se référer au contrat de société, et rechercher si sa cause est licite⁴¹⁰. La cause et l'objet sont fréquemment confondus⁴¹¹. Il semble que la raison d'être d'une société soit précisément la réalisation de son objet. Il faut néanmoins distinguer ces deux notions, car un objet peut être licite (l'activité promise à la société est licite), et la cause (le motif de l'association) néanmoins illicite⁴¹². La recherche de la cause est le meilleur indicateur du caractère

⁴⁰⁷ Les associés peuvent être complices d'une compensation occulte. V. en ce sens LAMY *sociétés commerciales*, n° 201.

⁴⁰⁸ MERCADAL (B.) et JANNIN (P.) *Sociétés Commerciales*. Francis Lefebvre, 2003, n° 530.- Pour un exemple de société paulienne : Cass. Com., 28 novembre 1989. Rev. sociétés 1990, p. 240.

⁴⁰⁹ « L'intérêt sous la direction de la volonté peut être aiguillé vers un but individualiste, égoïste, nuisible. » FADEL RAAD (N.) *Op. cit.*, n° 1.

⁴¹⁰ Art. L 235-1 C. com. et art. 1131 du Code civil.

⁴¹¹ Il faut distinguer entre l'objet du contrat de la société et l'objet social. L'objet de l'acte constitutif de société est de mettre en commun des biens ou une activité en vue d'en partager le bénéfice ou de retirer des économies, conformément à l'art. 1832 du Code civil. L'objet social est le genre d'activité que la société détermine dans ses statuts, MERLE (Ph.) *Sociétés commerciales*. 6^e éd., Dalloz, 1998, n° 52.

⁴¹² Il est licite de donner pour objet à une société l'exploitation d'une pharmacie, mais cette société aura une cause illicite si elle est constituée en vue de permettre à un non pharmacien d'exploiter une officine. PARIS, 1^{er} décembre 1951. J.C.P. éd. G 1952, II, 6661, note J.B. et C.H.

frauduleux ou non de la société⁴¹³. La démarche qui consiste à justifier dans un paragraphe introductif des statuts les raisons réelles et légitimes d'un montage s'impose. « Une décision économique légitime ne saurait être tenue pour frauduleuse »⁴¹⁴.

123- La recherche de la réelle intention ne se fait pas sans difficulté. En se référant à la théorie moderne de la cause qui consiste à « subjectiviser » la cause, il convient de rechercher les raisons personnelles, les motifs ou mobiles qui sont à l'origine du contrat de société. Il s'agit de se livrer à des recherches psychologiques hasardeuses⁴¹⁵. Le juste équilibre entre la recherche de l'intention et le constat d'un état est difficile à trouver⁴¹⁶.

Concernant le contrat de société, il est aujourd'hui admis et reconnu légalement que l'on puisse rechercher la limitation de sa responsabilité sur son patrimoine personnel⁴¹⁷. Mais quelle est sa mesure ? La difficulté est de distinguer la fraude de la simple habileté⁴¹⁸. La recherche du réel motif est d'autant plus difficile que la frontière entre fraude et habileté est difficile à cerner⁴¹⁹. Cette appréciation relève du pouvoir des juges⁴²⁰. Le point d'achoppement est « la réalisation artificielle d'une situation juridique inspirée principalement, sinon exclusivement, par le désir de tourner la règle et de bafouer de la sorte un ordre juridique qui s'apprécie dans son ensemble et non point pièce par pièce »⁴²¹. Le combat contre la cause illicite n'est pas qu'une protection d'intérêt individuel, c'est aussi une protection sociale. Il en est de même du droit de gage général des créanciers, qui, s'il paraît défendre des intérêts privés, s'inscrit dans une vision de l'ordre social : le respect de ses

⁴¹³ En ce sens : DIENER (P.) Ethique et droit des affaires. Art. préc., p. 18, n° 5. L'auteur recommande de ne pas tomber dans la dérive de ne faire attention qu'au formalisme, et de se référer à la cause de l'acte. Il constate qu'on ne peut échapper à un jugement de valeur, ce que les juges font d'ailleurs, puisqu'ils ne s'arrêtent pas à la forme et creusent.

⁴¹⁴ CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.) obs. sous PARIS, 2 juin 1993, J.C.P. éd. E. 1994, I, 288, n° 2.

⁴¹⁵ D'une manière générale, ces mêmes recherches inquiétaient la doctrine classique, qui y voyait outre un danger pour la stabilité des contrats, une atteinte au principe de l'autonomie de la volonté. Certains auteurs n'ont pas été loin d'y voir une sorte d'inquisition. Mais aujourd'hui, on considère que la volonté doit être libre, si elle poursuit une fin légitime. « La cause est un instrument de moralisation des contrats ». AUBERT (J.-L.) *Op. cit.*, n° 272.

⁴¹⁶ DOM (J.-Ph.) *Op. cit.*, n° 578.

⁴¹⁷ C'est le droit de la personnalité morale qui, au nom de l'intérêt collectif défendu, renferme des exceptions par rapport au droit commun au rang desquelles la séparation des patrimoines domine. En ce sens, FADEL RAAD (N.) *Op. cit.*, n° 2.- C'est ensuite la loi elle-même qui a introduit des sociétés à responsabilité limitée, consciente du besoin de protection des entrepreneurs. V. en ce sens *infra* n° 151.- Enfin, la jurisprudence l'admet également.

⁴¹⁸ Sur la distinction en droit fiscal, v. *infra* n° 680.

⁴¹⁹ Il faut distinguer « *dolus bonus* et *dolus malus* ». DIENER (P.) La société en nom collectif dont tous les associés sont des E.U.R.L. Art. préc., n° 23 et 24.

⁴²⁰ Ils apprécient la validité des montages de manière concrète, même si certains auteurs relèvent qu'il y a une certaine complaisance à l'égard des entreprises qui se portent bien. DIENER (P.) *Loc. cit.*

⁴²¹ TERRE (Fr.) *Op. cit.*, n° 431.

engagements, etc⁴²². « La cause est un instrument de moralisation des contrats »⁴²³ et donc des relations sociales.

124- La recherche d'un critère de distinction entre habileté et fraude n'est donc pas évidente⁴²⁴. Plusieurs pistes peuvent être suivies.

Le constat que les effets normaux du contrat de société⁴²⁵ désintéressent complètement les associés peut être un bon indicateur du caractère frauduleux de la société⁴²⁶.

En se situant au niveau des cocontractants, il est possible de distinguer entre limiter sa responsabilité et organiser son insolvabilité⁴²⁷. La première démarche est admise et le foisonnement des sociétés à responsabilité limitée en est la validation législative. La seconde démarche est au contraire réprimée civilement et pénalement⁴²⁸. Si l'on admet que la fraude n'intéresse que cette dernière démarche, elle serait reconnue à la mesure du préjudice subi par le créancier. Doit-on considérer que seule l'impossibilité totale pour le créancier de recouvrer sa dette fait de la société une société frauduleuse, ou doit-on placer un seuil quant à la fraction de dette qu'il est décent d'acquitter ? Rien n'est moins évident. Il conviendrait plutôt de considérer les circonstances qui aboutissent à l'insolvabilité pour apprécier le caractère frauduleux. Cela dépend une nouvelle fois de l'appréciation des juges du fond quant aux manœuvres du débiteur.

En se situant au niveau de la société, un indice de son emploi à des fins illicites peut résider dans ses éléments constitutifs. Ce sont des éléments matériels à l'appui des éléments intentionnels. L'origine des apports à la société indiquera si le patrimoine d'un des associés a été vidé de sa substance. Une société n'ayant que des dettes à partager sera également suspecte.

L'appréciation du caractère frauduleux de l'utilisation de la technique sociétaire résulte de l'analyse de l'intention et de l'atteinte à la loi. Elle est une «synthèse dialectique de la

⁴²² En ce sens, il est possible d'adhérer à l'idée des auteurs qui s'appuient sur les notions de responsabilité et garantie pour trouver les limites de la liberté contractuelle. Ces notions fondent, entre autres, la vie en Société. L'action doit nécessairement être vue dans son contexte global, et notamment compte tenu de l'altérité. Le rapport à autrui est inévitable. Il doit être empreint du respect que constitue notamment la conscience de sa responsabilité et le souci d'offrir des garanties.

⁴²³ AUBERT (J.-L.) *Op. cit.*, n° 272.

⁴²⁴ Sur la difficulté de distinction entre habileté et fraude, et particulièrement sur la difficulté de trouver un critère général de distinction, v. GHESTIN (J.) et GOUBEUX (G.) *Traité de droit civil. Introduction générale. Op. cit.*, p. 811 et s., n° 822.

⁴²⁵ Comme par exemple le fait de dégager un bénéfice ou une économie.

⁴²⁶ LAMY *Sociétés commerciales*, n° 200.

⁴²⁷ GHESTIN (J.) et GOUBEUX (G.) *Op. cit.*, n° 824. C'est la différence entre l'exclusion volontaire de la loi et le mépris de la loi.

⁴²⁸ Cette démarche se distingue de la circonstance de fait qui aboutit à l'insolvabilité, laquelle est un risque que court tout créancier chirographaire quant à son gage. Elle est involontaire.

causalité dynamique issue de la création volontaire et de la causalité statique issue de l'ordre juridique »⁴²⁹.

125- S'interroger sur les intentions des associés revient à se questionner sur l'utilité économique de la société. L'impact de l'utilisation de la technique juridique sur l'ordre juridique en son entier présente-t-il un caractère admissible ou non⁴³⁰ ? La méconnaissance du caractère obligatoire d'une règle⁴³¹, de la morale⁴³², justifie la qualification de fraude. La fixation abstraite d'un critère étant impossible, il faut bien s'en remettre à l'appréciation souveraine des tribunaux. Les fréquentes opportunités offertes au juge d'apprécier la cause illicite ou la fraude dans un contrat, lui permettent incidemment de procéder à une « analyse concrète de l'utilité et de l'équilibre des opérations contractuelles »⁴³³. On ne peut qu'encourager les associés à intégrer dans leur statut les autres mobiles de cette mise en société, comme notamment la recherche d'une meilleure gestion⁴³⁴, l'association de leurs enfants en vue d'organiser la transmission de leur patrimoine, etc.

Lorsqu'une société fictive ou frauduleuse est dûment identifiée, il convient encore de la sanctionner.

Paragraphe 2 - Les sanctions des sociétés fictives et des sociétés frauduleuses

126- Le choix d'une sanction et de ses modalités d'application n'est pas neutre. La nature (A) de la sanction retenue déterminera ses incidences (B) non seulement sur la société, mais également sur tous les liens de droit qu'elle a pu tisser depuis l'acquisition de la personnalité morale.

A - La nature de la sanction

127- Le choix de la sanction n'est pas étranger à la conception que l'on se fait de la société, et par là même du critère que l'on retient pour apprécier son caractère fictif ou frauduleux. La sanction de la fictivité (1) se distingue de la sanction de la fraude (2).

⁴²⁹ BAHANS (J.-M.) *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*. Thèse Bordeaux, 1998.

⁴³⁰ GHESTIN (J.) et GOUBEUX (G.) *Op. cit.*, n° 824. Le trouble social que causerait le succès de la manœuvre est inadmissible.

⁴³¹ VIDAL (J.) Thèse préc.

⁴³² RIPERT (G.) *La règle morale*. *Op. cit.*, n° 176.

⁴³³ TERRE (Fr.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.) *Droit civil. Les obligations*. Dalloz, 1999, n° 322.

⁴³⁴ Le juge procédant par interprétation du contrat, il y trouvera les arguments principaux pour sa décision. IVAINER (T.) *L'ambiguïté dans les contrats*, D. 1976, chron., p. 153.

1 - La sanction de la fictivité : inexistance ou nullité ?

128- La sanction de la fictivité donne également lieu à discussion. Le débat se situe entre les tenants de l'inexistence et les tenants de la nullité⁴³⁵.

Les tenants de l'inexistence⁴³⁶ considèrent que la société ne peut pas exister dans la mesure où il y a défaut d'intérêt commun des associés, aucune volonté de recourir à la technique sociétaire pour obtenir l'avantage recherché. Le pacte social ne peut pas se former à défaut d'*affectio societatis* manifesté⁴³⁷, la société ne peut pas être constituée, ni donc exister. La jurisprudence a longtemps considéré qu'il s'agissait là de la sanction de la fictivité⁴³⁸, avant de trancher pour la nullité⁴³⁹. Il est légitime de s'interroger sur le point de savoir si l'inexistence est bien une sanction. C'est peut-être davantage le constat d'un état, d'une situation de *vide juridique*.

129- Le revirement de la jurisprudence en faveur de la nullité reflète parfaitement l'évolution des critères retenus pour l'appréciation de la fictivité⁴⁴⁰. Tant que l'on retient comme critère de fictivité l'*affectio societatis*, son défaut constaté peut légitimement donner à penser que le contrat de société n'a pas pu réellement se former et la société être instituée. Aucune convention ne peut valablement se former sans manifestation de volonté. Au contraire, si le critère de la fictivité est la réalité de l'activité, un contrat de société est formé sur l'initiative des associés y ayant un intérêt. La société existe, mais elle ne présente aucune réalité ou potentialité d'activité. Or ce critère considère que l'activité est de l'essence de toutes sociétés, et qu'une société sans activité est une société fictive. Si dans la première hypothèse la sanction logique est l'inexistence, dans la seconde, elle ne peut être que la nullité puisque l'on a admis que le contrat de société s'était formé.

⁴³⁵ Pour une étude générale des cas de nullité en droit des sociétés, v. HONORAT (J.) Les nullités des constitutions de sociétés. Defrénois 1998, n° 36706.

⁴³⁶ JEANTIN (M.) sous Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 1977. D. 1978, p. 89.- DIENER (P.) sous Cass. civ. 3^e, 22 juin 1976. D. 1977, p. 619.

⁴³⁷ BAILLY-MASSON (C.) Art. préc., p. 6.

⁴³⁸ Cass. com., 19 décembre 1983. Bull. Joly 1984, p. 295.

⁴³⁹ V. l'arrêt de principe *Lumale* : Cass. com., 16 juin 1992. Bull. IV, n° 243, p. 169 et les commentaires notés *infra* note de bas de page 441. Pour un rappel récent de cette solution, v. Cass. com., 22 juin 1999, préc., et spécialement R.T.D. com. 1999, p. 901 ; Rev. sociétés 1999, p. 824, n° 20 et s., note CONSTANTIN (A.)

⁴⁴⁰ COMANGES (L.) Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives. Bull. Joly 2003, § 2, p. 12.

130- La détermination du critère de fictivité ne peut suffire en l'espèce pour déduire la nature de la sanction adéquate. Le contrat de société est un indice suffisant pour apprécier le caractère fictif ou frauduleux de la société, mais il est insuffisant pour justifier la sanction en la matière, car il y a interférences d'autres caractères de la société, en particulier sa vocation à devenir une personne morale. La société produit, quoiqu'il arrive, des effets, d'abord en raison de l'apparence créée mais également en raison de la personnalité morale acquise. En matière de société, c'est l'immatriculation qui la confère. La société a acquis la personnalité morale, dès lors que les formalités ont été accomplies car aucun contrôle du contrat de société n'est effectué à cette occasion. L'ambivalence de la société refait surface, née d'un contrat, la société acquiert la personnalité morale lors de son immatriculation. Le formalisme n'a pas pour but de vérifier l'absence de fraude ou de fictivité, si bien que *de facto* la société acquiert la personnalité morale. Si on ne craignait la dérive anthropomorphique, on pourrait faire un parallèle avec un être vivant : tout se passe comme si on se trouvait face à un être dénué de cœur, organe vital, mais qui vit « comme par miracle ». Cela relève de la fiction voire de la science-fiction, et en la matière de la fictivité juridique.

131- Il est dès lors impossible d'évoquer l'inexistence s'agissant d'une personne morale accomplissant des actes juridiques. La seule sanction envisageable ne peut être que la nullité. C'est la sanction retenue par la Cour de cassation⁴⁴¹. La nécessité de tenir compte des actes juridiques accomplis impose de surcroît qu'il s'agisse d'une nullité non rétroactive. On satisfait ainsi au raisonnement qui consiste à dire que la nullité est la sanction d'un vice de constitution d'un contrat, tout en aménageant les règles pour ce cas spécifique.

Si, par cet arrêt, la Cour de cassation satisfait aux exigences de la directive communautaire du 9 mars 1968, laquelle dispose que « les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'inexistence », elle n'est toutefois pas totalement dans la lignée de la jurisprudence européenne. La nullité est encore une sanction contestable pour les sociétés par actions ou S.A.R.L. en raison de l'arrêt *Marleasing*⁴⁴².

132- En fait, la justification de cette sanction se situe non par rapport à la société elle-même, mais davantage par rapport à la personne morale qu'elle devient. La nullité sanctionne

⁴⁴¹ « La société fictive est nulle et non existante », arrêt *Lumale*, Cass. Com., 16 juin 1992. Préc. ; Bull. Joly 1992, § 313, p. 960 ; D. 1993, p. 508, note COLLET (L.) V. également : LE CANNU (P.) Inexistence ou nullité des sociétés fictives. Bull. Joly 1992, § 274, p. 875.

⁴⁴² V. en ce sens obs. MENJUCQ (M.) et obs. CUTAJAR (C.), préc., sous Cass. com., 22 juin 1999, et développements *supra* n° 134.

davantage l'abus de personnalité morale, que la fictivité de la société dont la sanction adéquate serait plus sûrement l'inexistence. Normalement la sanction appropriée en matière d'abus de droit est la condamnation au versement de dommages-intérêts. L'abus de personnalité morale devrait donc être considéré, non comme un abus de droit, mais comme un détournement de pouvoir. Il s'agit, à ce stade de la constitution de société, d'un comportement détournant une institution ou une technique juridique⁴⁴³. En effet, la technique de la personnalité morale est détournée de sa véritable finalité, de sa raison d'être. Au delà du critère formel de l'immatriculation s'agissant des sociétés, l'attribution de la personnalité morale est justifiée par un intérêt supérieur à rendre autonome. Cet intérêt supérieur se trouve être celui qui est commun aux associés, l'intérêt qui fait qu'il y a volonté de se mettre en société. L'absence d'un choix motivé pour le recours à la technique sociétaire postule donc non seulement la fictivité de la société⁴⁴⁴, mais encore l'abus de personnalité morale laquelle ne correspond pas à un besoin réel et arrête « le cours normal et le jeu régulier d'une disposition législative »⁴⁴⁵. Le pouvoir conféré par la personnalité morale a été détourné de sa finalité. Les décisions en matière de détournement de pouvoir semblent retenir l'inopposabilité, mais il a été démontré que seule la nullité de l'acte irrégulier serait une sanction adéquate, éventuellement complétée par l'octroi de dommages-intérêts⁴⁴⁶.

2 - La sanction de la fraude : nullité ou inopposabilité ?

133- Le constat d'une fraude, de manière générale, a pour effet l'inopposabilité⁴⁴⁷. L'acte frauduleux est révoqué rétroactivement uniquement à l'égard des créanciers demandeurs à l'instance⁴⁴⁸, atteignant ainsi les seuls fraudeurs ou leurs complices⁴⁴⁹. L'acte est maintenu entre les parties⁴⁵⁰. On pourrait rapprocher la fraude de la cause illicite, à ceci

⁴⁴³ FADEL RAAD (N.) *Op. cit.*

⁴⁴⁴ S'il n'y a pas d'intérêt commun recherché, il ne peut pas y avoir d'*affectio societatis*, c'est-à-dire de conscience de l'utilité du recours à la technique sociétaire et la volonté de l'utiliser.

⁴⁴⁵ CHAUVEAU (P.) Des abus de la notion de personne morale dans les sociétés. Rev. gén. Dr. Com. 1938, p. 397 et s.

⁴⁴⁶ GAILLARD (E.) *Le pouvoir en droit privé*. *Op. cit.*, p. 113.- Egalement : TERRE (Fr.) *Introduction générale au droit*. *Op. cit.*, n° 430.

⁴⁴⁷ C'est l'effet de l'action paulienne, prévue à l'art. 1167 du Code civil. V. également GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) *Traité de droit civil. Introduction générale*. *Op. cit.*, n° 827 et s.- TERRE (Fr.) *Introduction générale au droit*. *Op. cit.*, n° 431 : « la fraude est sanctionnée généralement par l'inefficacité ou l'inopposabilité de l'acte frauduleux aux autorités ou aux personnes contre lesquelles l'acte est dirigé ».

⁴⁴⁸ Cass. civ., 4 décembre 1923. D.P. 1923, I, 222.

⁴⁴⁹ Cass. civ. 3^e, 9 mars 1994. Bull. III, n° 43, p. 26 ; J.C.P. 1994, I, 3781, n° 9, obs. JAMIN (C.)

⁴⁵⁰ Cass. com., 8 octobre 1996. J.C.P. 1996, IV, 2286.

près que la cause est une condition posée dans un souci de protection de l'intérêt général et non des intérêts individuels⁴⁵¹, tandis que la fraude concerne tout acte qui porte atteinte tant aux droits d'un tiers, qu'à la loi. La sanction de l'illicéité de la cause est en matière de contrat la nullité⁴⁵².

L'article 1844-10 du Code civil relatif aux nullités de société renvoie aux causes de nullité de droit commun, si bien qu'il semble que la sanction de la cause illicite en matière de société soit bien la nullité de la société⁴⁵³.

Il convient donc de distinguer entre un acte frauduleux réalisé à l'occasion de la constitution de la société⁴⁵⁴, lequel est inopposable, et la constitution de société pour des motifs frauduleux auquel cas la société doit être annulée. S'agissant de faire échec au gage général des créanciers, l'acte frauduleux est l'apport. Si tous les apporteurs commettent une fraude, c'est qu'ils ont en commun cette même intention de frauder les droits des créanciers. Il semble donc logique de poser comme condition de la nullité de la société que la fraude soit commune⁴⁵⁵ à tous les associés contractants⁴⁵⁶, et il en a été jugé ainsi à plusieurs reprises⁴⁵⁷.

134- Si le doute est encore permis⁴⁵⁸, quant à la nature de la sanction de la fraude en matière de société, c'est que la première directive communautaire du 9 mars 1968, dans son article 11, limite les cas de nullité de société à l'illicéité de l'objet sans viser l'illicéité de la cause. L'arrêt *Marleasing*⁴⁵⁹ fait référence directement à l'article 11 de la directive sans interpréter les textes nationaux applicables à l'espèce. La solution est d'autant plus restrictive

⁴⁵¹ TERRE (Fr.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.) *Droit civil, les obligations. Op. cit.*, n° 337.

⁴⁵² Art. 1131 du Code civil. V. GHESTIN (J.) *Traité de droit civil. Le contrat*, Tome 2. *Op. cit.*, n° 766 et 877.

⁴⁵³ Cass. com., 19 janvier 1970. D. 1970, p. 479, note POULAIN (G.)

⁴⁵⁴ Par exemple, un acte d'apport sera considéré comme inopposable au créancier car le but est d'organiser une insolvabilité. Cass. com., 19 avril 1972. Rev. sociétés 1973, p. 81, note HEMARD (J.) Sur ce dernier cas, l'apport est valide à l'égard des autres associés et l'*affectio societatis* est bien présent. La société n'est pas fictive ni frauduleuse.

⁴⁵⁵ Comp. avec la solution retenue s'agissant de la cause illicite. Longtemps, la jurisprudence a considéré que pour que le contrat encoure la nullité, il fallait que le motif illicite soit entré dans le champ contractuel. V. notamment le célèbre arrêt *Pirmamod*. Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 1989. Bull. civ. I, n° 292, p. 194 ; J.C.P. 1990, II, 21546, note DAGORNE-LABBE (Y.) ; Defrénois 1990, p. 358, obs. AUBERT (J.-L.) La Haute juridiction, accueillant en ce sens les arguments de la doctrine a procédé à un revirement de jurisprudence, considérant qu'un contrat pouvait être annulé pour cause illicite même lorsque le motif qui a déterminé une partie n'était pas connu de l'autre. V. arrêt *Malvezin*. Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1998. D. 1998, p. 563, concl. SAINTE-ROSE (J.).

⁴⁵⁶ Cass. com., 28 janvier 1992. Bull. IV, n° 36, p. 29 ; bull. Joly 1992, p. 419, note LE CANNU (P.) ; J.C.P. éd. E. 1992, II, n° 378, p. 289, note TISSERAND (A.)

⁴⁵⁷ Cass. civ., 18 novembre 1946. J.C.P. 1947, II, 4011. « Est nulle la société constituée dans le but de faire fraude aux droits des créanciers et qui a eu pour effet de causer l'appauvrissement du débiteur ». L'effet ici contribue à l'établissement de la preuve de la fraude. V. également AIX, 12 février 1993. Bull. Joly 1993, §. 327, p. 1115 (fraude des droits des créanciers du groupe.)

⁴⁵⁸ V. en ce sens JEANTIN (M.) Art. préc. In *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, p. 156.

⁴⁵⁹ C.J.C.E. 13 novembre 1990. Rev. sociétés 1991, p. 532, note CHAPUT (Y.) ; J.C.P. 1991, II, 21658 note LEVEL (P.) ; v. également : LECLERC (Fr.) Que reste-t-il des nullités de société en droit français après l'arrêt *Marleasing* ? R.J.Com. 1992, p. 321.

que ce n'est pas l'objet réellement poursuivi qui doit être observé, mais le simple objet statutaire. Cet arrêt semble donc freiner les cas de nullité des sociétés pour fraude⁴⁶⁰, car qui dit objet illicite, ne dit pas forcément cause illicite. Il est nécessaire de viser absolument objet et cause illicites pour couvrir tous les cas de fraude. De plus, la référence à l'objet statutaire rend la règle subsistante quasiment inefficace.

Ce qui paraît remis en question par cet arrêt et la directive européenne n'est pas la reconnaissance de la fraude pour une société mais sa sanction. En effet, au delà de toute norme juridique, la fraude pourra toujours être démontrée car elle découle d'un principe de droit, lequel peut agir en négation d'une règle⁴⁶¹. Le pouvoir du principe ne s'explique pas par sa position hiérarchique à l'égard des dispositions de la directive mais par son origine jurisprudentielle, étant entendu que « la jurisprudence se déploie sur un plan autonome et vertical reliant le plan des normes horizontales au plan du fait horizontal »⁴⁶². Assurant « le transit de la norme abstraite vers la réalité des faits », la jurisprudence acquiert le pouvoir d'évincer la loi en toute légitimité. La fraude sera toujours un fondement possible pour priver certains actes de leurs effets, notamment s'agissant des sociétés. En revanche, se pose la question de l'ampleur de la sanction. La jurisprudence dispose-t-elle d'une autonomie pour préférer la nullité nonobstant les dispositions de la directive ou doit-elle attacher d'autres effets à la fraude comme l'inopposabilité ?

135- L'adage *Fraus omnia corrumpit* rappelle sa vocation : faire exception à toutes les règles. Mais cette exception n'agit pas *erga omnes*. L'acte reconnu frauduleux à l'égard d'un créancier, conserve sa vigueur à l'égard des autres cocontractants. C'est la notion d'inopposabilité. L'inopposabilité n'est pas une sanction⁴⁶³. Elle n'est que l'effet qui peut être attaché à certaines qualifications négatives d'actes⁴⁶⁴ et aux sanctions⁴⁶⁵ qu'ils encourent du fait de ces qualifications. Ainsi l'inopposabilité est l'effet d'un acte vicié par le dol, sanctionné par la nullité.

Concernant la société, la difficulté vient de la pluralité de personnes à l'acte constitutif. La recherche de l'intention de chacune des parties peut établir que seule une personne

⁴⁶⁰ CONSTANTIN (A.), note ss Cass. com., 22 juin 1999, préc., n° 25, v. note de bas de page n° 56.

⁴⁶¹ MORVAN (P.) *Op. cit.*, p. 551 et s. et spécialement concernant l'écartement des règles par le principe de droit *Fraus omnia corrumpit*, n° 598 p. 559 et n° 607 p. 569.

⁴⁶² C'est la théorie des trois plans développée par P. Morvan. *Op. cit.*, n° 650 et 651, p. 622 et s.

⁴⁶³ V. définition posée par BASTIAN (D.) *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*. Thèse Paris, 1929. « L'inopposabilité peut être définie comme l'inefficacité au regard des tiers d'un droit né par suite de la passation ou par suite de la nullité d'un acte juridique. »

⁴⁶⁴ Les qualifications sont diverses : acte frauduleux, acte fictif, acte simulé, etc.

⁴⁶⁵ Nullité, révocation rétroactive entre les parties, résolution, résiliation, etc.

participait à la constitution de la société dans une intention frauduleuse. Le contrat de société est causé. La cause n'est pas illicite puisque l'intérêt commun des associés est licite. Les motifs frauduleux ne concernent qu'une seule personne dont l'intérêt individuel, situé en second plan derrière l'intérêt commun, est illicite. La société n'est pas frauduleuse pour tous. Elle ne l'est que pour le fraudeur. On doit pouvoir dire que, concernant la personne intéressée, le contrat de société est inopposable. La société n'est pas nulle car la fraude n'est pas commune⁴⁶⁶.

En revanche, si la cause illicite se retrouvait chez chacun des constituants, il s'agirait bien d'une société frauduleuse. La sanction de cette société qui a une cause illicite, l'intérêt commun étant illicite, est la nullité conformément au droit commun et nonobstant la directive européenne et l'arrêt Marleasing.

136- Le choix des sanctions applicables aux sociétés fictives et frauduleuses est rendu difficile également à raison des effets qui s'attachent à la sanction et qui peuvent être incompatibles avec les circonstances juridiques entourant le vice de la société.

B – Les effets de la sanction

137- *A priori*, choisir la sanction de l'inexistence plutôt que la nullité ne paraît pas présenter d'inconvénients particuliers au regard du seul contrat de société. L'effet est identique puisque le contrat est censé n'avoir jamais existé⁴⁶⁷. En revanche, du néant rien ne peut sortir⁴⁶⁸. Or la société sort de la sphère purement contractuelle pour acquérir la personnalité morale et produit alors des effets que nul autre contrat n'a. La personne morale accomplit à son tour des actes juridiques. Si rien ne naît du néant, ces actes seraient censés ne pas exister. C'est pourquoi, en vue de protéger les tiers, la nullité présente une spécificité en droit des sociétés⁴⁶⁹. Elle n'est pas rétroactive⁴⁷⁰. Les actes réalisés restent valables⁴⁷¹. Le but de cette règle dérogatoire est d'assurer la stabilité, la sécurité des transactions.

⁴⁶⁶ Pour un rejet de la nullité, v. Cass, com., 28 janvier 1992. Bull. Joly 1992, § 133, p. 420, note LE CANNU (P.) ; D. 1993, p. 23, note PAGES (J.) ; J.C.P. éd. E. 1992, II, 378, note TISSERAND (A.), Dr. sociétés mars 1992, n° 75, obs. BONNEAU (Th.) – *Adde* : DIJON, 23 mars 1993. Defrénois 1993, n° 35631-5, obs. LE CANNU (P.)

⁴⁶⁷ CARBONNIER (J.) *Droit civil, les obligations*. PUF, droit privé, 1998, n° 106.

⁴⁶⁸ *Quod nullum est, nullum producit effectum*.

⁴⁶⁹ RIPERT (G.) *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. *Op. cit.*, n° 49 et spécialement p. 117.

⁴⁷⁰ Il aurait été impossible de prévoir une « inexistence non rétroactive » !

138- La société est nulle mais sa personnalité juridique ne disparaît pas immédiatement⁴⁷², si bien que la société continuera à exécuter les contrats. Les conséquences de la nullité de la société sont plus ou moins lourdes suivant que la société est *in bonis* ou en procédure collective. Dans le premier cas, à l'issue des opérations de liquidation, une fois la personnalité morale éteinte, un ou plusieurs associés se substitueront à la société dans les liens contractuels qu'elle avait pu tisser jusqu'alors, si ceux-ci doivent persister. Dans le second cas, la personnalité morale de la société fictive n'est pas niée, néanmoins, une seule procédure sera ouverte entre le débiteur et la société reconnue fictive. Cette procédure recevra une solution unique⁴⁷³.

139- Une assimilation a été longtemps opérée entre deux cas de figure intéressant les sociétés en procédure collective : le cas de la fictivité de la société et le cas de la confusion des patrimoines⁴⁷⁴. Le constat de ces deux états de la société emporte en cas de procédure collective des conséquences lourdes pour le débiteur : une procédure unique. Mais leurs causes sont bien différentes. La fictivité concerne une anomalie de la société à sa constitution, tandis que la confusion des patrimoines regarde le fonctionnement de la société⁴⁷⁵, alors que la société devait assurer une protection du patrimoine du constituant.

⁴⁷¹ Pour une réaffirmation de ce principe, v. Cass. com., 22 juin 1999, références précitées et sur ce point précis les observations BOIZARD (M.), D. affaires 1999, p. 1336.

⁴⁷² PRIETO (C.) *La société contractante*. P.U.A.M. 1994, n° 556 et 557, p. 349 et s.- V. encore : Cass. com., 18 janvier 2000 et Cass. com., 1^{er} février 2000. Defrénois 2000, n° 37153, obs. HOVASSE (H.)- V. sur la notion de survie de la personnalité morale, à propos des conséquences du défaut d'immatriculation des « vieilles » S.C.I. : LUCAS (F.-X.) Les conséquences du défaut d'immatriculation des sociétés civiles anciennes. Dr. sociétés juillet 2003. Chron. 7, p. 7 et s.- BORONAD-LESOIN (E.) La survie de la personne morale dissoute. R.T.D. com. 2003, p. 1.- BOUILLOUX (A.) La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation. Rev. sociétés 1994, p. 407.

⁴⁷³ Cass. com., 6 juillet 1999. J.C.P. éd. E. 2000, jp, p. 515, obs. DIAS-BIDAULT (M.-O.), n° 14.

⁴⁷⁴ Les deux notions sont parfois intimement liées. Force est de constater que la fictivité emporte pour conséquence une fréquente confusion des patrimoines. Mais la confusion des patrimoines n'est pas un critère de fictivité. Il peut y avoir confusion des patrimoines sans qu'une personne en cause soit fictive. On ne définit pas des critères de constitution de société *a contrario* de son dysfonctionnement. La confusion des patrimoines relève des faits et non de l'acte juridique constitutif de société : du montage en lui-même. *contra* : Dict. perm. droit des affaires feuillet 146, n° 6 b ; SERLOOTEN (P.) obs. ss Cass. com., 13 octobre 1998. Bull. Joly 1999, § 10, p. 58 : « La confusion des patrimoines n'entraîne pas la fictivité de la société mais elle en est le révélateur ». Si la confusion des patrimoines peut servir d'alerte à la recherche d'une fictivité, il faut se garder de toute systématisation. L'assimilation des deux notions peut en outre s'expliquer par la théorie qui consiste à dire que le critère de la fictivité est l'absence d'autonomie patrimoniale et décisionnelle de la personne morale (critère fonctionnel.) V. sur ce point : PORACCHIA (D.) *La réception des montages conçus par les professionnels*. Thèse préc., n° 682 et 686. V. également sur le sujet de la dualité des notions : CUTAJAR (C.) Le montage S.C.I./Société d'exploitation à l'épreuve de l'extension jurisprudentielle de la procédure collective. Bull. Joly 1999, § 247, p. 1057.- *Adde* : Cass. com. 28 mai 2002. Dr. sociétés décembre 2002, comm. 215, p. 18, obs. LEGROS (J.-P.) L'arrêt distingue clairement les notions de fictivité et de confusion des patrimoines alors même qu'elles emportent les mêmes conséquences.

⁴⁷⁵ En ce sens, v. SAINT-ALARY-HOUIN (C.) Art. préc. *In Mélanges Farjat*. p. 510 n° 18.

Conclusion du chapitre

140- La technique sociétaire répond au souci d'isolement du patrimoine et le structure. La théorie du patrimoine en droit français et, en particulier, le principe d'unicité du patrimoine font obstacle à l'affectation patrimoniale. La technique sociétaire s'appuie donc sur la personnalité morale qui donne une autonomie juridique à l'activité de l'homme⁴⁷⁶ et plus largement, permet d'affecter un patrimoine⁴⁷⁷. Cette dernière dresse un écran entre le patrimoine de la société et le patrimoine des associés, lequel concrétise l'isolement. La technique sociétaire présente dès ce stade un caractère fonctionnel très marqué.

141- Mais la constitution d'une société à cette seule fin d'isolement du patrimoine est-elle licite ? La question se pose particulièrement concernant les sociétés patrimoniales, des sociétés sans activité, qui n'ont d'autres fonctions que de structurer le patrimoine. L'examen des sociétés fictives et frauduleuses nous donne des éléments de réponse. Au moment de la constitution de la société, il convient de rechercher si le recours à la technique sociétaire dans le but de retirer un avantage est intentionnel. L'intention abstraite des associés est recherchée. Si cet *affectio societatis* fait défaut, la société est fictive. Le caractère frauduleux de la société s'apprécie au même stade. L'examen de l'intention concrète des associés renseigne utilement sur la poursuite commune d'un but frauduleux.

Ces critères mettent à nouveau en lumière l'aspect fonctionnel de la société. L'isolement du patrimoine au moyen de cet outil est légitimé dans la mesure où les associés au moment de la constitution ont pris conscience de ce que la technique sociétaire impliquait. Elle est un outil au service du but recherché. Dans un second temps, l'utilisation de la technique est limitée par la poursuite d'un but frauduleux.

La sanction de ces sociétés illicites tient compte du caractère institutionnel de la société qui fait naître, malgré tout, une personnalité juridique nouvelle. La nullité non rétroactive

⁴⁷⁶ PAILLUSSEAU (J.) Le droit moderne de la personnalité morale. Art. préc., n° 13 et n° 23 et s.

⁴⁷⁷ Cette aptitude de la personnalité morale à rendre autonome patrimoine et activité a conduit certains auteurs à considérer qu'affectation et activité sont les critères d'attribution de la personnalité morale, voire d'existence de la personnalité morale. V. en ce sens : COHET (Fr.) *Op. cit.*, n° 616, p. 438. Il semble à la fois faux et dangereux de l'affirmer. Faux, car nous avons démontré que ce qui conduit le législateur à l'attribution de la personnalité morale n'est pas de la faire coller à une réalité existante (un patrimoine affecté, une activité développée), mais de constater l'existence d'un intérêt digne d'être défendu par cette technique. Dangereux ensuite, car attribuer la personnalité morale dès lors qu'il est constaté le développement d'une activité, l'affectation d'un patrimoine, conduit à priver le législateur, et par suite le juge, de toute appréciation quant à l'opportunité de la conférer. Il a été pourtant mis en évidence le souci de faire coller la personnalité à un intérêt licite et digne.

souligne, une nouvelle fois, l'abord très pratique qu'il est fait des sociétés perçues, jusque dans leur sanction, comme un outil.

142- La société peut avoir pour vocation de structurer le patrimoine en procédant à son isolement. En fonctionnement, elle aura pour effet de protéger les patrimoines isolés.

CHAPITRE 2

La protection du patrimoine

143- Le droit des sociétés a pour caractéristique d'être imprégné d'une philosophie marchande. Il trouve en effet ses sources, comme le droit des affaires, dans un phénomène économique et social. C'est ce qui en fait un droit éminemment proche de la réalité. Il propose donc des règles qui ont un pouvoir structurant, organisationnel dans le but de servir des finalités diverses.

Parmi les objectifs réels recherchés, la limitation des risques a toujours été une préoccupation. Elle a pris une part croissante dans le droit des sociétés. Elle a commandé son évolution. Elle est la traduction juridique d'un besoin humain de protection : une sorte d'instinct de survie juridique. De la même manière que la protection de la vie et des conditions de vie est recherchée, la protection du patrimoine est organisée¹.

144- L'isolement du patrimoine est réalisé lors de l'apport à la société. La protection n'est effective que lors du fonctionnement de la société. La fonction protectrice de la société est d'abord confirmée par l'utilisation qui en est faite et qui est, notamment, encouragée par le législateur (section 1). Les limites de la protection sont ensuite révélées par l'organisation en marche (section 2).

¹ La protection intéresse tant le patrimoine affecté à la société que le patrimoine resté aux mains du titulaire initial. Ainsi le patrimoine privé est protégé des créanciers professionnels, tout comme le patrimoine professionnel est à l'abri des poursuites des créanciers privés. La protection est ainsi bilatérale, réciproque. Le raisonnement est identique dans les deux sens.

SECTION 1

La mise en œuvre de la fonction protectrice de la société

145- Il n'y a jamais un seul critère qui préside au choix d'une stratégie juridique. Ces critères peuvent même, parfois, paraître paradoxaux². Pourtant, l'évolution du droit des sociétés révèle une exacerbation de certains de ces critères, et notamment celui de la sécurité. C'est un mouvement juridique qui se constate d'ailleurs dans d'autres branches du droit³. La loi et la jurisprudence s'efforcent de satisfaire à ce besoin croissant de sécurité exprimé par nos concitoyens. En droit des sociétés, l'intégration de l'idée de sécurité concerne plusieurs domaines : la sécurité du pouvoir⁴ par exemple, mais également la sécurité patrimoniale. Initialement, cette dernière était un objectif accessoire aux autres (paragraphe 1.) Elle devient finalement l'élément primordial à assurer, car, de cette sécurité, dépend l'accomplissement satisfaisant des autres objectifs (paragraphe 2.)

Paragraphe 1 - La limitation du risque patrimonial, un objectif accessoire aux autres

146- Les sociétés à risque illimité, comme les sociétés de personnes, isolent juridiquement un patrimoine, et font donc écran par rapport aux créanciers, mais leur écran est perméable⁵. En conséquence, ce n'est pas principalement cet avantage qui conduit habituellement les constituants à opter pour cette forme sociétaire. L'adoption de la forme d'une société à risque illimité n'est pas déterminée par cette « qualité »⁶, alors même que ces sociétés permettent le partage du risque patrimonial attaché aux aléas du développement⁷.

² Sécurité et investissement par exemple.

³ En droit de la responsabilité civile notamment. V. VINEY (G.) *Introduction à la responsabilité. Op. cit.*, mais encore en droit de l'immobilier avec la batterie législative ayant pour vocation de protéger l'acquéreur (délai de rétractation, expertises obligatoires pour les surfaces d'appartement, le repérage d'amiante, de plomb, etc.), v. sur ce point : 99^e Congrès des notaires de France, Deauville 25-28 mai 2003. *La vente d'immeuble. Sécurité et transparence.* - Ou encore en droit financier : v. Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 du 17 juillet 2003 sur la sécurité financière.

⁴ V. *infra* n° 307 et s. concernant l'aménagement du pouvoir au sein des sociétés.

⁵ V. *supra* chapitre 1.

⁶ Ces sociétés de partenaires, d'une certaine manière, recherchent déjà à limiter les risques patrimoniaux inhérents à leur développement. En encadrant dans un contrat les associés, fixant dès le départ les règles relatives à la participation aux bénéfices et aux pertes, ou celles relatives au pouvoir, les risques de débordement résultant de la simple collaboration et donc les risques pécuniaires qui en découlent, sont limités. Tout contrat est un

Les sociétés à risque limité, outre le partenariat qu'elles opèrent également, portent en leur nom leur attrait juridique. La responsabilité personnelle des associés y est limitée au montant de leurs apports. L'avènement de ces sociétés à risque limité (A) et celui des montages du droit des sociétés (B) démontrent que la protection des patrimoines est très souvent l'un des objectifs de fonctionnement d'une société.

A – Les sociétés à risque limité

147- L'avènement des sociétés à risque limité démontre que l'autonomisation du patrimoine par la personnalité morale ne suffit pas. Il faut encore poser une règle de limitation de responsabilité. L'efficacité de la technique sociétaire, en tant que mode de protection, suppose alors que l'isolement du patrimoine, support de l'activité, se double d'une limitation de responsabilité. L'idée apparaît tout d'abord timidement avec la S.A. (1), pour s'affirmer avec la S.A.R.L. (2.)

1 - La S.A.

148- Le besoin de capitaux pour le développement des entreprises a suscité l'apparition de ce type de personne morale. L'entrepreneur ne pouvant seul apporter l'argent nécessaire à la croissance de son activité, il avait besoin de rechercher à l'extérieur les moyens de son développement. Quel investisseur aurait toutefois accepté de participer à une telle entreprise s'il risquait de perdre, non seulement sa mise, mais encore une partie de son patrimoine privé⁸ ? Ce besoin économique a donné naissance aux sociétés de capitaux, « merveilleux instrument du capitalisme moderne » selon l'expression du Doyen Ripert. La S.A., première

instrument de gestion des risques tant internes qu'externes. V. MOUSSERON (J.-M.) La gestion des risques par le contrat, R.T.D. civ. 88, p. 481, art. préc.

⁷ Les risques se diluent en effet sur l'ensemble des associés. Le contrat de société collectivise l'activité, et par corrélation, les risques qu'elle peut présenter. Il est général de constater que l'individu cherche à se dégager du risque, notamment en le diluant sur le groupe. De manière similaire, il existe en droit de la responsabilité, avec le développement de l'assurance, un phénomène de socialisation des risques, de collectivisation des risques. V. en ce sens : VINEY (G.) *Introduction à la responsabilité*. *Op cit.*, n° 19 et s. et 61 et s.

⁸ C'est pourtant ce qui s'est passé initialement suite à la loi d'Allarde du 2 mars 1871 qui provoqua la ruine d'actionnaires sans défense. Suit une alternance entre interdiction de constitution de ces sociétés dites dangereuses (la Convention), liberté (le Directoire), la semi-liberté avec nécessité d'autorisation gouvernementale (Code de commerce). C'est la loi n° 66-537 relative aux sociétés commerciales du 24 juillet 1966 qui donne enfin un véritable statut aux sociétés par actions.

société à risque limité, permet d'investir sans trop perdre. Elle limite le risque patrimonial pour l'investisseur. Il apprécie sereinement les risques encourus tout en évaluant les perspectives d'essor de la société. Le patrimoine est isolé par la personnalité morale qui le met à l'abri des risques générés par ailleurs. Elle permet également de contenir les risques de l'association douteuse pour l'entrepreneur déjà en place. Elle draine en toute sécurité l'épargne publique vers l'investissement⁹.

149- La société remplit alors un double rôle. C'est en premier lieu une technique d'affectation patrimoniale, puisqu'elle dote l'entreprise d'un patrimoine propre, autonome et donc des moyens nécessaires à l'accomplissement de son objet. C'est en second lieu une technique d'organisation de sa structure et de son fonctionnement¹⁰. Le professeur Paillusseau s'est attaché à démontrer que la S.A. était une technique d'organisation de l'entreprise¹¹. Il n'a pas pour autant réfuté l'idée selon laquelle une société peut être une technique d'organisation du patrimoine. Les deux affirmations ne sont pas contradictoires. Elles se complètent.

La société anonyme est en effet une technique d'organisation du patrimoine de l'investisseur-entrepreneur. L'entreprise est avant tout pour un individu un des éléments de son patrimoine. Elle a une valeur patrimoniale. La mettre en société participe de l'idée d'organiser le patrimoine global de l'individu. L'individu peut partager l'entreprise avec d'autres. Là encore, il détient dans son patrimoine une fraction « d'entreprise », mais qui se fond dans la globalité de son patrimoine privé. La réunion de ces biens (leur affectation à la production) résulte évidemment de la volonté individuelle, mais cette affectation ne suffit pas à protéger cette masse de biens de la masse restée privée et inversement. En l'absence d'accueil de toute théorie du patrimoine d'affectation en droit français, il manque le support juridique¹². La société va permettre, dans tous ces cas de figure, de structurer le patrimoine de l'individu, entrepreneur ou investisseur. La S.A. présente aussi des avantages pour la structuration du patrimoine de l'individu, lorsque ce dernier comprend des biens, des valeurs, des outils de production servant à une entreprise, puisqu'elle permet d'opérer une séparation juridique entre le patrimoine affecté à l'entreprise et le patrimoine privé.

La société anonyme est également une technique d'organisation du patrimoine de l'entreprise. L'entreprise est elle-même composée de divers biens affectés à une exploitation.

⁹ RIPERT (G.) *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Op. cit., n° 46, p. 109.

¹⁰ CONTIN (R.), HOVASSE (H.) *L'autonomie patrimoniale des sociétés*. Art. préc., n° 11.

¹¹ PAILLUSSEAU (J.) Thèse préc.

¹² Ce support juridique ne se confond pas avec l'entreprise. V. sur ce point : DAUBLON (G.) *Patrimoine d'affectation et entreprise*. Defrénois 1984, art. 33182.

N'ayant pas la personnalité morale, elle n'a aucun droit sur ces biens dont elle dépend pour son développement. Chercher à organiser l'entreprise nécessite de régler le problème de ses composants patrimoniaux et de les lui affecter expressément. Affecter des éléments patrimoniaux se fait de manière idéale par la technique sociétaire, qui non seulement permet l'apport, mais en plus en exprime parfaitement l'autonomie. Avant la mise en société, le patrimoine de l'entreprise n'est pas identifiable facilement, il reste fuyant, il peut s'évaporer. Grâce à la technique sociétaire, l'entreprise incarnée par la société est titulaire de son propre patrimoine, qui ne peut plus lui échapper : il lui est affecté. « Seule la technique sociétaire permet de dégager avec netteté les frontières de l'entreprise, car ses frontières sont directement dépendantes de l'ampleur du patrimoine et de la responsabilité qu'il assume »¹³. La société anonyme permet donc aussi d'individualiser la fonction économique de l'entreprise et plus généralement de toute activité.

150- A l'examen de ces deux affirmations, il apparaît toutefois que si la S.A. participe à l'idée de limitation des risques patrimoniaux, ce n'est qu'incidemment, en raison de la personnalité morale, doublée de la limitation de la responsabilité au montant des apports. De toute évidence, la S.A. est, par essence, une forme de société qui présente en premier lieu d'autres intérêts. Il s'agit notamment de l'encadrement juridique idéal pour l'exploitation d'une entreprise. Mais à l'époque de sa création, l'absence d'autres formes sociales présentant une limitation similaire des risques a eu un effet pervers. La société anonyme, instrument de prédilection des grosses entreprises, brassant des capitaux, fut plébiscitée par les petits entrepreneurs. Les S.A. ont alors pullulé en France, alors que dans nos pays voisins¹⁴, le phénomène était inconnu. Ce constat a commandé l'évolution de notre droit des sociétés, et notamment son adaptation aux plus petites structures, avec la S.A.R.L.

2 - La S.A.R.L.

151- L'article 1^{er} de la loi du 7 mars 1925 rédigée par le Doyen Lyon-Caen employait une formule lapidaire : « il peut être formé en dehors des S.A., des sociétés dans lesquelles aucun associé n'est tenu au delà de sa mise ». Il est remarquable de voir que la S.A.R.L. est

¹³ CONTIN (R.) et HOVASSE (H.) Art. préc.

¹⁴ Lorsqu'en France, se comptaient 172.000 sociétés anonymes, on n'en dénombrait que 3.200 en Allemagne. Au 1^{er} mars 2002, il existait en France 149108 S.A. Cette diminution malgré l'évolution économique démontre que d'autres formes sociales étaient nécessaires.

définie par ce seul caractère de responsabilité limitée¹⁵. Ceci est, en soi, révélateur d'une préoccupation croissante en droit des sociétés. La S.A.R.L. tente de réaliser les vœux des petits entrepreneurs, qui veulent rester maîtres de leur affaire. Empreinte d'un fort *intuitus personae*, elle permet tout de même une limitation des risques patrimoniaux engagés contrairement à la S.N.C. Issue d'un modèle allemand¹⁶, elle arrive en France en 1925 et connaît immédiatement le succès auprès des P.M.E. familiales, mais également auprès de la doctrine juridique¹⁷. Elle présente, en effet, l'avantage d'être d'un fonctionnement moins complexe que la S.A. Elle paraît surtout idéale en comparaison avec l'exploitation individuelle. Cette structure est préférable à une collaboration pour ce qui est de la limitation des risques patrimoniaux. Mieux vaut s'afficher clairement au sein d'une société plutôt que de risquer la qualification de société créée de fait avec les conséquences qui en découlent¹⁸ : les associés apparents aux créanciers sont tenus solidairement aux dettes sociales si l'objet est commercial, conjointement si l'objet est civil.

152- Son originalité par rapport à la S.A. a été contestée. Elle a été qualifiée de « petite société de capitaux »¹⁹. Il reste que la S.A.R.L. a séduit et présente une spécificité puisqu'elle a servi de modèle à des formes plus récentes de sociétés²⁰, parmi lesquelles la société d'exercice libéral à responsabilité limitée²¹. Destinée à servir de structure d'accueil aux professions libérales réglementées, la loi du 31 décembre 1990²² a instauré un régime original de responsabilité. La responsabilité sociale est limitée tandis que la responsabilité professionnelle est étendue. La société est responsable de ses propres actes et solidairement avec eux, des actes professionnels de ses associés. Ces derniers ne répondent des dettes sociales qu'à hauteur de leurs apports, mais ils restent indéfiniment responsables des actes

¹⁵ BOUCOURECHLIEV (J.) *De natura S.A.R.L.* In *Etudes à la mémoire de Alain Sayag : droit et vie des affaires*. Litec, 1997, p. 177.

¹⁶ Notamment de la loi allemande du 22 avril 1892 modifiée.

¹⁷ V. notamment : LAFON (J.) et LAFON (P.) *La société à responsabilité limitée : commentaire doctrinal*. 1929.- Notons qu'elle a connu également des détracteurs lesquels s'inquiétaient de l'amenuisement du gage des créanciers sociaux. Certains affirmaient qu'une « société de cette nature ne pouvait avoir de crédit ». COPPER-ROYER (J.), cité par BOUCOURECHLIEV (J.) Art. préc., p. 179.

¹⁸ PRIEUR (J.) *Comment préserver le patrimoine privé du chef d'entreprise*. Rev. dr. banc. Ingénierie patrimoniale. Mars-avril 1998, n° 66.

¹⁹ BOUCOURECHLIEV (J.) Art. préc., p. 183 et les auteurs cités en note de bas de page 23.

²⁰ Pour l'E.U.R.L. et l'E.A.R.L. v. *infra* n° 165 et s.

²¹ V. notamment, les commentaires de DAIGRE (J.-J.) *La société d'exercice libéral*. Bull. Joly 1991, § 83, p. 243.- JEANTIN (M.) *Commentaire de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d'exercice libéral*. J.C.P. 1991, I, 3504.- CHAMPAUD (Cl.) *Naissance d'une nouvelle catégorie juridique ou le « big bang » du droit des sociétés*. Les S.E.L. R.T.D. com. 1990, p. 390.

²² Loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.

professionnels qu'ils accomplissent personnellement²³. Si le risque subsiste (il faut bien assumer son travail), il est limité en ce qui concerne l'activité des associés. La S.E.L.A.R.L. permet ainsi de réunir des compétences, favorisant la complémentarité et le bon développement d'une activité, tout en limitant les risques.

La S.A.R.L. n'a pas fini d'évoluer. La loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique a apporté des modifications substantielles concernant la fixation de son capital social. Des ordonnances, prises conformément à la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, devraient bouleverser le régime de cette société hybride²⁴. La S.A.R.L. est la forme sociale la plus utilisée en France. Elles étaient 845.470 au 1^{er} mars 2002²⁵. Société dite « intime », elle séduit quelquefois les grandes entreprises, comme structure d'accueil de holdings ou filiales. Elle entre alors dans des montages de sociétés.

B – Les montages en droit des sociétés

153- Le terme « montage » a le vent en poupe. Il séduit les praticiens par sa forte connotation technique et malléable. Il inspire les universitaires²⁶. Le mot, issu du vocabulaire mécanique de la révolution industrielle, fait référence, au début du XX^e siècle, à un assemblage de pièces composant une machine de telle sorte que ces pièces occupent la place qui leur est assignée, de manière à fonctionner selon ce qui est souhaité²⁷, pour obtenir un effet particulier²⁸.

Appliqué à l'art cinématographique, le mot prend alors une nouvelle dimension : le montage cinématographique contribue à la continuité, au rythme du film²⁹. Le montage

²³ Art. 16 de la loi du 31 décembre 1990 préc.

²⁴ Est notamment annoncée la possibilité d'émettre des obligations, d'augmenter le nombre de ses associés, d'alléger les formalités de cession des parts ou de faciliter les modes d'organisation de la gérance. V. Actualités. D. 2003, p. 1827.

²⁵ Sources INSEE in COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 9, à comparer avec les 29.150 S.N.C. existant à cette date.

²⁶ DOM (J.-Ph.) *Les montages en droit des sociétés*. Joly éditions, 1998.- PORACCHIA (D.) *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*. P.U.A.M., 1998.- COHEN (D.) *La légitimité des montages en droit des sociétés*. In *Mélanges en hommage à François Terré. L'avenir du droit*. Dalloz, 1999, p. 261 et s.- v. également : BOUCOBZA (X.) *L'acquisition internationale de société*. L.G.D.J., 1998, p. 203 et s., n° 401 et s. qui fait fréquemment allusion à la complexité des montages employés.

²⁷ Le Petit Robert, v° Montage, sens 2.

²⁸ *Loc. cit.*, sens 3.

²⁹ Les étudiants de section "cinéma et audiovisuel" dans nos universités françaises ont un cours de licence axé à lui seul sur la théorie du montage. L'art du montage s'admire chez certains cinéastes comme, entre autres, D.W. Griffith, Kouleshov, Vertov, Eisenstein, Orson Welles, Fritz Lang, Hitchcock, Godard, Pasolini. Certains films permettent de comprendre l'évolution du montage et notamment comment il est devenu un élément essentiel du

juridique n'est pas qu'une opération technique d'assemblage, mais un principe d'organisation³⁰ qui a une valeur intellectuelle intrinsèque, indépendante des éléments qui le compose. C'est une œuvre de l'esprit : l'esprit fixe le principe des actes et la manière de les assembler, en vue de la réalisation d'une opération déterminée.

Le montage juridique peut donc se définir comme « le choix et l'assemblage d'éléments divers pour créer un effet voulu »³¹ L'assemblage finalisé des actes doit ainsi créer une situation juridique différente³². Elle se distingue tant de celle qu'auraient créée les actes pris isolément, que de celle qu'aurait produite un acte équivalent légalement et directement applicable. En droit des affaires, le montage s'oriente vers une perspective économique.

154- La société est par définition³³ une technique juridique à empreinte économique. Elle tient une place privilégiée dans les montages juridiques. Un auteur a souligné qu'elle présentait un atout de taille comparativement aux autres actes³⁴ : la société devenue institution est pérenne et autonome³⁵. Les sociétés sont utilisées dans les montages pour encadrer soit le patrimoine, soit le pouvoir³⁶. La limitation créée par l'encadrement protège le patrimoine.

155- L'élaboration de montages faisant intervenir plusieurs sociétés est révélatrice d'un souci dominant : limiter les risques patrimoniaux, en multipliant les affectations patrimoniales. La protection s'observe tout d'abord dans le schéma classique de juxtaposition de deux sociétés (1), n'ayant pour dénominateur commun que l'identité ou quasi-identité d'associés. Elle résulte aussi des imbrications de structures sociétaires (2.)

langage cinématographique, par exemple : *Naissance d'une nation* (USA, 1915) et *Intolérance* (USA, 1916) de Griffith; *L'homme à la caméra* (URSS, 1929) de Dziga Vertov; *Potemkine* (URSS, 1925) de S.M. Eisenstein. Parmi les auteurs qui ont écrit sur le montage, v. Noël Burch, Gilles Deleuze, Jacques Aumont, André Bazin, Jean-Luc Godard, S.M. Eisenstein, Christian Metz et Jean Mitry. (Un grand merci à Noël Labelle pour ces informations.)

³⁰ PAILLUSSEAU (J.) *Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit*. D. 1997, chron., p. 87, n° 21.

³¹ PORACCHIA (D.) *Op. cit.*, n° 3, v. également sur les définitions données par les dictionnaires courants aux montages d'affaires, n° 4.

³² DOM (J.-Ph.) *Op. cit.*, n° 9 et s.

³³ L'art. 1832 C. civ. rappelle que toute société a un but lucratif : réalisation de bénéfices ou d'économies.

³⁴ Certaines conventions permettent également de limiter la responsabilité prise par un associé : c'est le cas de la convention de croupier. Pour un développement sur la question, v. DOM (J.-Ph.) *Op. cit.*, n° 57 et s.

³⁵ DOM (J.-Ph.) *Op. cit.*, n° 12.

³⁶ DOM (J.-Ph.) *Op. cit.*, livre I.- V. également développements *infra* n° 321 à propos des montages aménageant le pouvoir.

1 - La juxtaposition de sociétés

156- A première vue, il n'est pas évident que ce type de pratique corresponde à la définition du montage. Les deux actes créateurs de sociétés ne sont pas dépendants. Mais deux paramètres conduisent à la qualification de montage. En premier lieu, il s'agit d'un ensemble d'actes *volontairement* associés. La volonté d'organiser, d'atteindre un but, impose une vision globalisée et préalable des différents actes. C'est dans la volonté que naît le montage³⁷, car la volonté vise à construire un schéma différent d'une situation actuelle perçue comme une contrainte. Mais il faut encore que l'on puisse déceler un lien d'indivisibilité entre les actes du montage³⁸. En second lieu, le montage réalise un nouvel ensemble différent des éléments assemblés. La juxtaposition de ces deux sociétés, comparée à l'état juridique antérieur, produit un nouvel effet juridique. Cet effet est désiré, recherché, et ce d'autant plus qu'un contrat liera la première à la seconde société³⁹. Il s'agit bien d'un montage⁴⁰, dont l'effet recherché peut être la protection patrimoniale.

157- La juxtaposition de sociétés aux associés identiques fait référence principalement au « couple infernal »⁴¹ société d'exploitation – société civile immobilière⁴². La séparation de l'immobilier de l'actif d'exploitation séduit le monde des affaires⁴³. Deux sociétés sont alors créées. Elles ont souvent les mêmes associés, voire les mêmes dirigeants, une communauté d'intérêt certaine puisque l'une est bailleuse et l'autre locataire⁴⁴. Cette dissociation ne connaîtrait pas autant d'intérêts si elle ne permettait pas de mettre à l'abri l'actif immobilier en

³⁷ Les groupes de contrat sont à cet égard très explicites. Le contrat liant le maître de l'ouvrage au constructeur, et celui liant le constructeur à l'entrepreneur, produisent un effet très spécifique, propre au montage qui a pour conséquence exceptionnelle, entre autres, de voir un recours possible du maître de l'ouvrage à l'encontre de l'entrepreneur fondé sur la responsabilité contractuelle. Pris isolément, les actes paraissent indépendants, et pourtant, le montage qui les lie crée des effets spécifiques.

³⁸ PORACCHIA (D.) Propos introductifs sur les montages juridiques. Dr. et patrimoine mai 1999, p. 61.

³⁹ Un contrat de bail entre une S.C.I. et une S.A.R.L. par exemple.

⁴⁰ V. PORACCHIA (D.) *Op. cit.*, n° 683, qui analyse le contrôle juridique du montage société d'exploitation-société civile immobilière.

⁴¹ V. COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 207.

⁴² La juxtaposition n'est pas que le fait de sociétés commerciales. Le couple GAEC - G.F.A. du monde rural, initié cette fois par le législateur, a pour objectif de soulager les agriculteurs exploitants du poids de l'acquisition des terres. La dissociation du patrimoine immobilier de l'exploitation est perçue comme une saine politique de gestion.

⁴³ V. DELFOSSE (A.) La détention d'un immeuble par sociétés interposées. J.C.P. éd. N. 1996, prat., p. 740.- En témoigne encore l'allocution de Messieurs Hovasse et Fernoux au Colloque Fidrofit du 15 juin 2000 sur les techniques d'optimisation patrimoniale. Intervenant sur le thème « l'entreprise et l'immobilier, l'optimisation du patrimoine de l'entrepreneur », ils rappellent l'opportunité de la séparation tenant essentiellement à la diversification tant des risques que du patrimoine. Pour une étude plus ancienne, v. CHAUVIN (G.) Immobilier d'entreprise : propriété de la société commerciale ou d'une S.C.I. ? J.C.P. 1988, I, 3320.

⁴⁴ COZIAN (M.) Société civile immobilière – société d'exploitation, est-ce vraiment un couple infernal ? J.C.P. 1997 éd. E., I, 634, p. 107, n° 1.

cas de difficultés d'exploitation⁴⁵. Par ce montage, les deux sociétés restent juridiquement étrangères l'une de l'autre : c'est là un parfait exemple de l'indépendance que procure la personnalité morale en créant deux personnes juridiques autonomes. Le lien d'indivisibilité réside dans le bail consenti par la S.C.I. à la société d'exploitation. C'est une façon de limiter les risques⁴⁶ et de protéger le patrimoine.

158- Un courant jurisprudentiel, appuyé en ce sens par une partie de la doctrine, conteste le montage en lui-même⁴⁷. De manière plus générale, ce courant condamne toute création de société en exécution d'un montage⁴⁸. La Cour de cassation condamne pour l'instant leur vue⁴⁹, et admet ces montages de « délocalisation » de l'actif immobilier⁵⁰, encore faut-il que les sociétés issues de cette séparation structurelle ne soient pas un artifice et qu'elles jouent pleinement le rôle juridique qui leur est assigné⁵¹.

A côté des simples juxtapositions de sociétés, les montages permettent une manipulation plus complexe de la technique sociétaire en créant une imbrication.

2 - L'imbrication de sociétés

159- Le mot « imbrication »⁵² est le seul qui puisse évoquer de manière aussi explicite l'intrusion qu'opère une société en s'intégrant dans la structure d'une autre : une société devient associée d'une autre société. Elle ne se contente pas de références communes, elle interfère directement dans la structure et donc le fonctionnement de la seconde. Il s'établit

⁴⁵ La dissociation entre l'immeuble et l'entreprise présente toutefois également des intérêts pour le patrimoine immobilier proprement dit : elle le valorise par un meilleur traitement des problèmes immobiliers de l'entreprise, par une prise de conscience des coûts réels y afférents et elle améliore la flexibilité de sa gestion. V. LEDOIT (A.) *La fonction immobilière dans l'entreprise*. Economica, 1998, p. 89. V. *infra* n° 666.

⁴⁶ L'efficacité de cette dissociation est démontrée sauf dans les cas de fictivité ou de confusion des patrimoines. Les recours des créanciers contre la société immobilière sont alors justifiés.- V. Cass. com., 10 mai 2000. Bull. Joly 2000, § 259, p. 1049, note SCHOLER (P.) Il s'agissait en l'espèce d'un cas de confusion des patrimoines. Il était notamment relevé des immixtions de la gérante de la S.C.I. dans la gestion de la S.A.R.L. et surtout l'existence de flux financiers anormaux entre les sociétés.

⁴⁷ Cass. com., 21 novembre 1995. J.C.P. 1996 éd. E., II, 852, note DAIGRE (J.-J.)

⁴⁸ Ils évoquent tantôt la fictivité tantôt la confusion des patrimoines résultant de tels montages.

⁴⁹ Cass. com., 25 juin 1996. Bull. IV, n° 190, p. 162 ; Defrénois 1996, p. 1297, obs. HOVASSE (H.) ; J.C.P. 1997 éd. E., I, 623, n° 1, obs. PETEL (Ph.) ; également le commentaire de COZIAN (M.) Art. préc.- *Adde* : Cass. com., 11 juin 1996. Bull. Joly 1996, § 327, p. 901, note GARCON (J.-P.) Cet auteur souligne notamment les autres intérêts que présente la dissociation de l'actif immobilier de l'actif commercial, V. sur ce point : n° 5.

⁵⁰ PORACCHIA (D.) *Op. cit.*, n° 683.- DOM (J.-Ph.) *Op. cit.*, n° 172 et 173.- HOVASSE (H.) La S.C.I. à l'épreuve de la procédure collective de son locataire. Defrénois 1996, art. 36377, p. 961.

⁵¹ Cass. com., 25 novembre 1997. Rev. sociétés 1998, p. 586, note PORTERON (C.) L'auteur voit dans cet arrêt la consolidation des sociétés en tant que technique d'organisation patrimoniale.

⁵² Le langage courant y fait référence pour évoquer des choses qui se recouvrent partiellement comme les tuiles d'un toit. Le Petit Robert, v° imbriqué.

suite à cette imbrication des liens de dépendance plus ou moins forts, qui varient selon l'importance de la participation de la première société dans la seconde. Tantôt il s'agira d'une simple société associée, tantôt il s'agira d'une filialisation.

160- La prise de participation par une société dans le capital d'une autre société peut être initiée par la volonté de limiter les risques patrimoniaux⁵³. Plusieurs exemples peuvent illustrer parfaitement l'objectif de protection patrimoniale d'un tel montage.

La situation contraignante réside le plus souvent dans le fait qu'une forme de société est adaptée au développement de l'activité mais ne favorise pas la limitation des risques pris. Tel est le cas d'une société en nom collectif, d'une société en commandite simple voire une société en commandite par actions pour ce qui concerne les commandités. Dans ce type de société, la responsabilité est indéfinie et solidaire, si bien que chaque associé est tenu, si un créancier s'adresse à lui uniquement, d'assurer le règlement entier de la dette, à charge pour lui d'exercer un recours contre ses co-associés. Les risques pris sont importants pour le patrimoine privé de l'associé personne physique⁵⁴.

Une des techniques utilisées pour limiter la responsabilité est de substituer à l'associé personne physique un associé personne morale et, tout particulièrement, une société à risque limité. Une personne morale s'interpose entre l'associé et la société. Elle fait office de tampon relativement aux dettes sociales. Cette société doit obligatoirement avoir la forme commerciale puisque les associés d'une S.N.C. et les commandités doivent avoir la qualité de commerçant.

Un de ces montages trouve son origine en Allemagne avec la GmbH & Co KG⁵⁵. Il a été promu en France par la pratique qui appréciait, outre la flexibilité liée aux principes de la commandite, les avantages liés à la limitation de responsabilité⁵⁶. Lorsque le commandité devient une société, c'est cette personne morale, et non plus la personne physique associée, qui sera obligée aux dettes sociales. Deux hypothèses se présentent : soit la société associée peut assurer le règlement des créanciers et ses propres associés ne sont pas inquiétés, soit les dettes sont telles que la société associée ne peut assurer le paiement des créanciers. Ces derniers peuvent alors rechercher leur désintéressement auprès des associés de la société

⁵³ Sur les autres objectifs et notamment celui de contrôle du pouvoir, v. *infra* n° 666.

⁵⁴ BISSARA (Ph.) L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions. Rev. sociétés, 1990, p. 553.

⁵⁵ GROSS (T.) La GmbH & Co KG, forme particulière de société commerciale du droit allemand. Rev. sociétés, 1972, p. 657.- DOM (J.-Ph.) *Op. cit.*, n° 69.- *Adde* : GUINERET-BROBBEL DORSMAN (A.) La GmbH & Co. KG Allemande et la « commandite à responsabilité limitée » française. L.G.D.J., 1998.

⁵⁶ COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 1213 et s.

associée. Mais si la forme de cette société est celle d'une S.A.R.L. la totalité des pertes ne remontera pas au patrimoine de la personne physique. La contribution aux pertes restera cantonnée au montant de l'apport fait à la S.A.R.L.⁵⁷ De toute évidence ce montage a pour but de limiter la responsabilité par rapport aux créanciers, tout en conservant le pouvoir de décision au sein de la société en commandite.

Un autre montage analogue se rencontre : la S.N.C. dont tous les associés sont des E.U.R.L.⁵⁸. Les associés en nom collectif répondent indéfiniment et solidairement du passif social⁵⁹. Cette règle d'ordre public est l'essence de cette société. C'est par le truchement de l'E.U.R.L., société interposée *ad hoc*, que la responsabilité des associés est limitée. Ce type de montage, qui n'est rien d'autre qu'une interposition de personne présentant des qualités propres à limiter des risques, peut se retrouver au sein des groupes de sociétés, dans lesquels la S.N.C. est parfois utilisée comme filiale commune, lorsque la coopération devient trop importante, et par conséquent trop risquée⁶⁰.

161- La *filiale* peut être définie comme la société dont le capital est possédé directement ou indirectement pour plus de la moitié par une autre société, la société mère, dont elle est par conséquent politiquement dépendante, mais juridiquement distincte.

Ce type de montage, aujourd'hui communément connu sous le terme « groupe sociétaire »⁶¹ permet de conserver le pouvoir, parfois sans financement trop important⁶², tout

⁵⁷ *Ibid.*, n° 1207. *Adde* : Sur l'intérêt de constituer une S.A.R.L. au capital variable, v. n° 1208.

⁵⁸ V. article critique de DIENER (P.) La S.N.C. dont tous les associés sont des E.U.R.L. J.C.P. 1992 éd. E, I, p. 153.

⁵⁹ Art. L 221-1 du Code de commerce.

⁶⁰ Il faut noter que l'intérêt d'un tel montage était initialement surtout fiscal. Les particuliers associés d'E.U.R.L. interposée, pouvait faire remonter une part de déficit de la S.N.C. et diminuer leur impôt sur le revenu. Le législateur a désormais interdit l'imputation des B.I.C. sur le revenu global lorsque l'associé n'a pas sa profession dans la société. Il faut donc que les parts sociales constituent un actif professionnel (Art. 151 *nonies* C.G.I.)

⁶¹ Indications bibliographiques sommaires concernant les groupes de sociétés : CHAMPAUD (Cl.) Le pouvoir de concentration de la société par actions. Sirey, 1962.- OPPETIT (B.) et SAYAG (A.) Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés. Rev. sociétés 1973, p. 577.- PAILLUSSEAU (J.) Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? J.C.P. 1971, I, 2401 bis ; Le groupe de sociétés. R.T.D. com 1972, p. 813.- HANNOUN (C.) Le droit et les groupes de sociétés. L.G.D.J., 1991.- BARTHELEMY (J.) *et alii*. Le droit des groupes de sociétés. Dalloz, 1991.- PARIENTE (M.) Les groupes de sociétés. Litec, 1993.- d'HOIR-LAUPETRE (C.) La notion de groupe de sociétés en droit français. Thèse Lyon, 1998.- et suite aux propositions du rapport Marini sur la modernisation du droit des sociétés, les articles suivants : PARIENTE (M.) Les groupes de sociétés et la loi de 1966. Rev. sociétés 1996, p. 465.- BERTREL (J.-P.) Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? Dr. et Patrimoine, octobre 1996, p. 14.- FOYER (J.) Faut-il un droit des groupes de sociétés ? R.J. com. 1996, p. 165.- BARBIERI (J.F.) Comment rénover le droit français des groupes de sociétés ? Petites affiches 5 novembre 1997, n° 133.- COURET (A.) Vers un nouveau droit des groupes. Petites affiches 18 avril 1997, n° 97, p. 4.- DAIGRE (J.-J.) Les groupes. In La modernisation du droit des sociétés. Joly éditions, 1997, p. 59.- Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe (Forum europæum sur le droit des groupes de sociétés) Rev. sociétés 1999, p. 43.- PAILLUSSEAU (J.) La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques. D. 2003, chron., p. 2346.

en donnant une indépendance juridique aux activités. C'est l'exemple type de l'organisation du patrimoine d'une société. La société mère préserve son patrimoine des risques liés à certaines activités, en donnant à ces dernières leur autonomie par le biais de la technique sociétaire, tout en conservant le pouvoir⁶³. Cette autonomie juridique et la limitation des risques qu'elle induit n'étaient pas possibles avec la succursale non dotée de la personnalité morale⁶⁴. Le groupe n'a pas la personnalité morale⁶⁵. La responsabilité se dilue donc entre les différentes sociétés qui assurent chacune sur leur patrimoine la prise de risque liée à leur activité⁶⁶.

En dehors des cas particuliers, liés aux procédures collectives par exemple⁶⁷, une société mère ne souffrira aucune responsabilité du fait de ses filiales et *vice versa*. Le contrôle⁶⁸ qui s'exerce au sein des groupes amoindrit sans doute l'autonomie patrimoniale⁶⁹, mais ne la supprime pas. Le groupe ne peut pas effacer la personnalité morale des sociétés dominées⁷⁰. Elle procure à l'actionnaire ou l'associé de la société dominée une certaine assurance de stabilité, car elle interdit une immixtion de la société mère dans les affaires de la société dominée. La limitation de la responsabilité de la société dominée à l'égard du groupe sécurise et attire l'investisseur. Les « contrôlaires » eux-mêmes peuvent asseoir l'épanouissement du groupe sans moyens financiers exorbitants, sans prises de risques inconsidérés, mais simplement sur des filiales qui ont leur autonomie patrimoniale. La jurisprudence a eu l'occasion de rappeler à maintes reprises que la personnalité morale de la société dominée ne s'efface pas devant le groupe et protège par là même les intérêts catégoriels des sociétés dominées⁷¹. Elle défend « avec opiniâtreté »⁷² l'autonomie des composantes⁷³, ce qui fait

⁶² V. *infra*, n° 405.

⁶³ Le choix d'une filiale a parfois d'autres objectifs. Ainsi, la filialisation peut s'avérer fiscalement ou financièrement intéressante. V. *infra* seconde partie. Une filiale à l'étranger permet parfois également de se soustraire à l'application de dispositions légales moins libérales. V. BOUCOBZA (X.) *Op. cit.*, p. 203, n° 404.

⁶⁴ CABRILLAC (M.) Unité ou pluralité de la notion de succursale en droit privé. In *Etudes de droit commercial offertes à Joseph Hamel. Dix ans de conférences d'agrégation*. Dalloz, 1961, p. 119 et s. et notamment n° 17.

⁶⁵ Pour une réaffirmation de ce principe, v. Cass. com., 20 janvier 1998. Bull. Joly 1998, § 163, p. 474, note DOM (J.-Ph.)

⁶⁶ Cela vaut dans un sens favorable comme défavorable à la société mère. V. BORDEAUX, 25 juin 1997. Dr. sociétés 1998, p. 15. La condamnation du débiteur d'une société ne peut être étendue au bénéfice d'une autre société appartenant au même groupe.

⁶⁷ V. *infra* n° 194.

⁶⁸ Il s'instaure un rapport de force difficilement évaluable. Sur la définition : SCHMIDT (D.) Les définitions du contrôle d'une société. R.J. com. n° spécial de novembre 1998, p. 9. Les pouvoirs engendrent une responsabilité de fait à assumer.

⁶⁹ Les auteurs affirment que la subordination économique porte atteinte à la personnalité morale de la société tant dans sa dimension patrimoniale que sociale ou structurelle. V. CHAMPAUD (Cl.) *Op. cit.*, p. 87, n° 87 et p. 278, n° 371.- Également : PARIENTE (M.) *Op. cit.*, n° 51.

⁷⁰ CONTIN (R.) et HOVASSE (H.) L'autonomie patrimoniale des sociétés. Art. préc., n° 9.

⁷¹ V. notamment : COZIAN (M.) Peut-on immoler une société à l'intérêt du groupe ? L'arrêt Sofige du 21 juin 1995. J.C.P. 1996 éd. E., I, 524. « Quand une filiale est en difficultés, c'est à la mère de se sacrifier », v. encore : Cass. com., 9 décembre 1997. Bull. Joly 1998, § 88, p. 231, note BARBIERI (J.-F.) La Cour a l'occasion de rappeler le principe d'autonomie de la filiale au sein du groupe à propos d'un problème de lettre de confort. Plus

toute l'originalité du droit des groupes. Il cultive indépendance et interdépendance⁷⁴. La doctrine elle-même a pu rappeler, à l'occasion de commentaires du rapport Marini sur la modernisation du droit des sociétés, son attachement à une autonomie minimale des sociétés dominées⁷⁵. L'intérêt que présente la filialisation au niveau de la protection du patrimoine est à ce point manifeste, que l'on peut assister aujourd'hui à la filialisation par une association de son activité lucrative⁷⁶. Les objectifs d'une telle filialisation ne sont pas si éloignés de ceux d'une filialisation au sein d'un groupe de sociétés. Ce processus est animé des mêmes soucis de clarification des conditions de gestion et évidemment de valorisation financière et fiscale. Ainsi toute forme de société peut être choisie pour constituer la filiale⁷⁷.

L'E.U.R.L. est un exemple évocateur de la recherche de limitation des risques au sein des groupes⁷⁸. Elle est fréquemment employée comme filiale à 100 %. C'est l'aboutissement de l'affectation d'un patrimoine à une activité que l'on rend autonome. Avec cet emploi de l'E.U.R.L., l'objectif principal de l'emploi de la technique sociétaire devient véritablement la limitation des risques.

162- La protection du patrimoine devient prioritaire. L'évolution se constate tant du point de vue du législateur que du point de vue des praticiens, inventeurs de montages. La limitation de la responsabilité détermine la position de l'associé de la société et donc l'image et le crédit de la société à l'extérieur⁷⁹. La limitation des risques patrimoniaux est une des préoccupations dominantes en droit des sociétés⁸⁰. Elle est parfois l'objectif préalable à la réalisation des autres.

récemment : Cass. com., 18 mai 1999. R.T.D. com 2000, p 123, obs. critiques CHAMPAUD (Cl.) ; J.C.P. 1999, I, 1572, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.) La Cour refuse la réparation du préjudice subi par une société-mère du fait de la faillite d'une de ses filiales provoquée par les fautes d'une banque au nom de l'autonomie des personnes morales. La solution est classique, mais très défavorable à la société-mère et aux groupes de sociétés en général.

⁷² BARBIERI (J.-F.) Art. préc., n° 5.

⁷³ Cass. com., 2 avril 1996. Bull Joly 1996, p. 510, note LE CANNU (P.) refusant de reconnaître la personnalité juridique du groupe de société (et donc la possibilité d'ouvrir un compte bancaire).- Cass. com., 27 janvier 1998. R.T.D. com. 1998, p. 361 obs. CHAMPAUT (C.) et DANET (D.) refusant l'extension de stipulations contractuelles aux autres sociétés du groupe. .

⁷⁴ MARRAU (R.) Un paradoxe permanent des groupes de sociétés : indépendance contre unité économique de ses sociétés. Petites affiches 5 août 1996, n° 94, p. 4.

⁷⁵ BARBIERI (J.-F.) Art. préc., n° 26.

⁷⁶ GERSCHEL (G.) La filialisation par une association de son activité lucrative. Rev. sociétés 1998, p. 741. Les raisons sont toutefois surtout fiscales. V. *infra* n° 728 et s.

⁷⁷ L'administration fiscale a même accueilli favorablement l'E.U.R.L. avec pour associé unique l'association. *Loc. cit.*, n° 14.

⁷⁸ COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 1407.

⁷⁹ BOUCOURECHLIEV (J.) Art. préc., p. 184.

⁸⁰ DOM (J.-Ph.) *Op. cit.*, n° 53, qui démontre que bien qu'apparemment antagonistes, ces buts peuvent se concilier.

Paragraphe 2 - La limitation du risque patrimonial, l'objectif permettant la réalisation des autres

163- « La limitation de la responsabilité détermine tant le comportement de la pratique, que le champ et le mode d'intervention du législateur »⁸¹. L'officialisation de la société unipersonnelle prouve que l'organisation patrimoniale peut être l'objectif premier de la mise en société. S'il n'est pas le premier, il est au moins la condition *sine qua non* de la poursuite de l'activité dans les meilleures conditions possibles. Le risque patrimonial est la première des situations juridiques contraignantes à corriger, avant de pouvoir optimiser la gestion.

164- Le besoin de protéger le patrimoine privé des aléas de l'exploitation est particulièrement vif chez l'entrepreneur individuel. C'est cette demande croissante qui a amené le législateur à concevoir une structure adaptée. Deux techniques étaient en concurrence : le patrimoine d'affectation ou la société unipersonnelle. C'est cette dernière qui remporta la faveur législative avec l'E.U.R.L. (A). Elle suscita évidemment des débats doctrinaux particulièrement animés. Avec l'avènement de la S.A.S. unipersonnelle (B), il est possible aujourd'hui d'affirmer que la société correspond à une technique de protection patrimoniale.

A - L'E.U.R.L., la consécration du patrimoine d'affectation

165- Les situations juridiques étaient pour le moins injustes. Ainsi que l'évoquait le Doyen Ripert, « celui qui fait le commerce seul, est tenu dans ses biens ; il suffit de le faire à deux pour ne plus être tenu. Tel est le résultat singulier de la création légale (...) »⁸².

Face au besoin de limitation des risques évoqué par les entrepreneurs individuels⁸³, un

⁸¹ BOUCOURECHLIEV (J.) Art. préc., p. 188.

⁸² RIPERT (G.) *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, cité par BOUCOURECHLIEV (J.) Art. préc., p. 180.

⁸³ Le commerçant qui, jusque là, engageait son entier patrimoine en exerçant son activité n'avait pour seule solution que celle de constituer une S.A. ou une S.A.R.L. avec des hommes de paille pour limiter sa responsabilité. Sur l'expression des revendications des entrepreneurs individuels, v. également : PAILLUSSEAU (J.) Le droit est aussi une science d'organisation. R.T.D. com 1989, p. 8, n° 17.

groupe chargé d'étude envisagea la possibilité d'introduire l'entreprise personnelle à responsabilité limitée en droit français⁸⁴. Ce rapport préconisait l'introduction du patrimoine d'affectation⁸⁵. Il fallait bien constater que face aux propriétés de nature fonctionnelle, finalisées de notre droit, une technique de même nature s'imposait. Personnalité morale ou patrimoine d'affectation réalisent de la même manière cette affectation. Le rapport ne se contenta pas de marquer sa préférence pour le patrimoine d'affectation. Il condamna le recours à la personnalité morale car une telle utilisation aurait selon ce groupe d'étude dénaturé la notion juridique de personne morale qui suppose avant tout « l'existence d'une collectivité »⁸⁶.

Pourtant cette dernière technique fut retenue par le législateur⁸⁷. Elle présentait l'avantage de la simplicité⁸⁸. Elle évitait de remettre en question l'empreinte sur notre droit de la théorie d'Aubry et Rau⁸⁹, tout du moins formellement⁹⁰. Elle se coulait rapidement dans une réglementation toute prête⁹¹, et nécessitait peu de modifications. La loi du 11 juillet 1985⁹² consacra l'E.U.R.L.⁹³, et en profita également pour introduire l'E.A.R.L.⁹⁴.

⁸⁴ CHAMPAUD (Cl.) « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée »: rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'E.P.R.L. dans le droit français, présentation du rapport. R.T.D. com. 1979, p. 581. Ce groupe de travail fut mis en place en 1977 à la suite de nombreux travaux doctrinaux et propositions de loi sur le sujet. Pour des références de travaux doctrinaux sur le sujet v. également PAILLUSSEAU (J.) L'E.U.R.L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle. J.C.P. 1986, I, 3242, note de bas de page n° 10.- En théorie, la logique commandait en effet de reconnaître le patrimoine d'affectation en France, plutôt que de passer par l'intermédiaire de la personnalité morale. Certains, comme Me Bernard Monassier, ont attribué à cette seconde voie le caractère d'hypocrisie juridique.

⁸⁵ Le rapport allait dans le sens d'une partie de la doctrine, v. notamment AUSSÉDAT (J.) Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation. Rev. sociétés 1974, p. 221, et dans le sens de la pratique, v. notamment les 79^{ème} et 83^{ème} Congrès des Notaires de France.

⁸⁶ Rapport Champaud précité, in R.T.D. com. 1979, p. 581 et s., n° 27.

⁸⁷ Le législateur reprochait notamment au projet soutenu par le rapport Champaud de soulever plus de difficultés qu'il ne permettait d'en résoudre. L'ensemble était compliqué à comprendre pour un entrepreneur ne disposant pas d'une formation juridique. Loin de l'apaiser, il se serait senti perdu. Les principaux soucis suscités par le projet Champaud étaient de trouver une sécurité suffisante à fournir au banquier, équivalente au droit de gage général, et de créer un nouveau système fiscal neutre quant au mode d'organisation de l'entreprise individuelle.

⁸⁸ GRIMALDI (M.) et REYNIS (B.) Brèves réflexions d'avant congrès sur le patrimoine professionnel. Defrénois 1987, art. 33947. Les auteurs soulignent de la même manière la facilité avec laquelle une E.U.R.L. peut se mettre en place comparativement à un patrimoine d'affectation. V. encore sur la question, *supra* n° 48.

⁸⁹ V. *supra* n° 50.

⁹⁰ FROMION-HEBRARD (B.) Essai sur le patrimoine en droit privé. *Op. cit.*, n° 182.

⁹¹ Celle de la S.A.R.L. Il suffisait de modifier la définition de la société à l'article 1832 du Code civil et d'appliquer à cette nouvelle forme de société le régime de la S.A.R.L.

⁹² Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative aux entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée.

⁹³ Pour un compte rendu précis de la loi, v. FLORES (G.) et MESTRE (J.) L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. Rev. sociétés 1986, p. 15.

⁹⁴ Là encore, en dépit des solutions préconisées par le rapport Gouzès qui choisissait le patrimoine d'affectation. GOUZES (G.) Rapport à l'Assemblée Nationale n° 2598.

166- L'E.U.R.L. n'est pourtant pas une exclusivité française⁹⁵. Le législateur belge a également rejeté l'idée d'un « patrimoine d'affectation personnalisé » et retenu la société unipersonnelle⁹⁶, après les Pays-Bas en 1986 et l'Allemagne qui connaissait la *Einman GmbH* depuis le 4 juin 1980⁹⁷. Enfin, la 12^{ème} directive européenne, le 21 décembre 1989⁹⁸, a étendu l'idée d'une société unipersonnelle aux différents Etats de l'Union⁹⁹. Les adversaires de l'E.U.R.L. doivent donc se rendre à l'évidence : les « monstruosité juridiques »¹⁰⁰ séduisent...

Il n'est pas inutile de rappeler les éléments du débat (1) qui entourèrent la création de l'E.U.R.L. car ils mettent en exergue la question de l'opportunité de la protection patrimoniale par la technique sociétaire. Le constat (2) d'utilisation effective de l'E.U.R.L. confirme la fonction de protection patrimoniale désormais attribuée à la technique sociétaire.

1 - Le débat autour de l'E.U.R.L.

167- Le débat que suscita l'E.U.R.L. fut un véritable dialogue de sourds. Il est très révélateur des difficultés que rencontre l'évolution du droit des sociétés et de l'approche technique qu'ont les auteurs. Ils souhaitent faire rentrer toute nouvelle structure juridique dans une catégorie¹⁰¹. Les critiques adoptent une approche théorique (a), les défenses, une approche pratique (b.)

⁹⁵ Pour des références de droit comparé : PAILLUSSEAU (J.) Les fondements du droit moderne des sociétés. J.C.P. 1984 éd. E., n° 14193, p. 166, note de bas de page n° 2.

⁹⁶ BENOIT-MOURY (A.) De l'art. 1832 du Code civil au concept belge de société depuis juillet 1996. In *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e s.* Dalloz, 1997, p. 33. En 1987, le législateur introduisit une société unipersonnelle, le nouvel art. 1832 C. civ. disposant expressément que la société peut être créée par un contrat ou un acte de volonté d'une personne pour autant qu'il y ait « affectation de biens à l'exercice d'une activité déterminée ».

⁹⁷ Pour un exposé de la création et de l'évolution des sociétés unipersonnelles en Europe, v. DUCOULOUX-FAVARD (C.) Société d'un seul, entreprise unipersonnelle. Gaz. Pal. 1990, doct., p. 577.

⁹⁸ J.O.C.E. n° L 395, 30 décembre.

⁹⁹ L'art. 7 de la directive laisse la liberté de choisir entre la technique de la société, celle de la personnalité morale ou celle du patrimoine d'affectation. MOUSOULAS (S.) La société unipersonnelle à responsabilité limitée, commentaire -- application de la XII^e directive du Conseil en matière de sociétés. Rev. sociétés 1990, p. 395. V. pour un point de vue général de l'E.U.R.L. dans l'Union européenne : EZRAN-CHARRIERE (N.) L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'Union européenne. Thèse Paris II, 1998.

¹⁰⁰ C'est l'expression qu'un auteur employa à propos de ce type de société. V. SOLA CANIZARES (F. de.) L'entreprise individuelle à responsabilité limitée. R.T.D. com. 1948, p. 376.

¹⁰¹ Le bien-fondé de la démarche est évident : il s'agit de pouvoir dégager un régime juridique applicable. Connaître le régime permet d'assurer une sécurité juridique, mais l'exercice devient difficile s'il s'agit de le créer en entier.

a- Les critiques

168- Les principales critiques s'élevèrent à l'égard de l'utilisation faite du droit des sociétés¹⁰² et des atteintes portées au *contrat* pour répondre à l'attente des petits entrepreneurs. La loi du 11 juillet 1985, en effet, introduit à l'article 1832 du Code civil que la société peut être « instituée (...) par l'acte de volonté d'une seule personne ». Certains auteurs y ont vu le dépérissement de la conception traditionnelle de la société¹⁰³ : l'aspect contractuel de la société. Avec l'E.U.R.L., il n'est plus possible de parler de contrat de société dans tous les cas. Il fallait envisager désormais l'acte unilatéral créateur de société, car l'E.U.R.L. résulte de la volonté d'une seule personne. L'entrepreneur agit en sa seule qualité : il ne peut y avoir représentation de la personne morale qui n'est pas encore née¹⁰⁴. La conclusion s'impose que, par définition, le mécanisme de formation de l'E.U.R.L. et de l'E.A.R.L. se situe en dehors du champ contractuel¹⁰⁵. Pourtant, l'entrepreneur s'oblige à réaliser des apports de biens et constitue ainsi le gage des créanciers sociaux. C'est pour ces auteurs la consécration légale de la théorie de l'engagement par volonté unilatérale¹⁰⁶. Il y a certes un glissement opéré du contrat vers l'acte unilatéral, mais il reste une base solide à la constitution de la société : la volonté de s'obliger. La constitution d'une E.U.R.L. conduit l'entrepreneur à se créer de nouvelles obligations : une rigueur, le respect des règles de conduite du droit des sociétés¹⁰⁷.

¹⁰² Certains reconnaissent expressément que leurs critiques sont surtout le reflet de leur regret de ne pas avoir vu la mise en forme du patrimoine d'affectation. CALAIS-AULOY (M.-T.) Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'E.U.R.L. D. 1986, chron., p. 249, notamment n° 19 et 35.

¹⁰³ PAILLUSSEAU (J.) L'E.U.R.L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle. J.C.P. 1986, I, 3242, n° 100.

¹⁰⁴ LARROUMET (C) *Droit civil : Les obligations, le contrat.* Economica, 1998, n° 103 bis. L'auteur souligne que le constituant défend son seul intérêt. Cette vision est discutée par certains auteurs au nom de l'intérêt social. Toutefois, indirectement, et parce qu'il y est intéressé, il défend aussi l'intérêt de son entreprise. Elle n'a, certes, pas d'autonomie juridique à ce moment. Mais la défense de cet intérêt unique de l'entrepreneur aurait pour effet de créer la naissance d'un intérêt autonome qu'il faudra défendre. Les conséquences sont lourdes pour l'entrepreneur, car il se crée une obligation fondamentale : celle de respecter l'intérêt « autonomisé » de son entreprise : il ne peut plus méconnaître l'intérêt social. Selon ces auteurs, cette méconnaissance justifie des sanctions lourdes, notamment en cas de procédures collectives et d'abus de biens sociaux. L'entrepreneur, s'il cherche réellement à se protéger, devrait avoir la connaissance et la conscience de ce qu'il va concrétiser : l'intérêt autonome de son entreprise à travers l'intérêt social.

¹⁰⁵ STARCK (B.), LAURENT (H.) et BOYER (L.) *Les obligations : contrat.* Litec, 1998, n° 88.

¹⁰⁶ Sur l'engagement unilatéral créateur d'obligation v. Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 1995. Bull. civ. I, n° 150.- Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 1995. Bull. civ. I, n° 350 ; J.C.P. 1995, IV, 2503. Egalement : IZORCHE (M.-L.) *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain.* P.U.A.M., 1995.

¹⁰⁷ D'une manière générale, il est permis d'observer que ce n'est pas l'E.U.R.L. qui a le plus atteint la notion de contrat de société. Que dire des sociétés faisant appel public à l'épargne, des filiales à 99%, de la présence d'hommes de paille dans certaines structures ? Quantitativement, les sociétés ne sont plus des contrats. V. en ce sens, CHAMPAUD (Cl.) Le contrat de société existe-t-il encore ? In *Le droit contemporain du contrat, travaux coordonnés par Loïc Cadet.* Economica, 1987. Si la société n'est plus à proprement parler un contrat, il pullule autour d'elle des contrats cherchant à améliorer son fonctionnement. Il y a déclin du concept contractuel dans la notion de société, mais, parallèlement, essor du phénomène contractuel dans la vie des sociétés.

Ces constats devaient réjouir les tenants de la théorie institutionnelle de la société¹⁰⁸. Pourtant il était de l'essence de l'E.U.R.L. de muter en S.A.R.L. et retrouver ainsi l'angle contractuel de la société.

169- Certains ont relevé que l'E.U.R.L. était un « emprunt au droit des sociétés » et ont regretté un « statut déceptif »¹⁰⁹. D'autres ont évoqué la « dégradation de la notion de société »¹¹⁰, la terminologie choquante de la loi¹¹¹. La société unipersonnelle représentait déjà en soi une « hérésie grammaticale ». Le cœur du débat était évidemment relatif à la mutation de la *notion de société*. « Aberration juridique en fait et en droit »¹¹², « artifice illusoire »¹¹³, on lui reproche son aspect irréel, la gymnastique intellectuelle, voire la totale imagination concernant les assemblées qu'elle nécessite¹¹⁴. En dehors de tout débat conceptuel, certains auteurs condamnaient l'utilisation abusive de la société en la matière, reconnaissant au droit des sociétés des intérêts supérieurs et regrettant qu'un tel emploi « la fasse tourner à vide »¹¹⁵. Force est de constater que la loi du 11 juillet 1985 opère une dissociation entre la notion de société et celle de collectivité des individus. Au delà, c'est même la notion de personnalité morale pour les tenants de la théorie de la réalité qui est heurtée : où réside l'intérêt d'une *collectivité* d'individus ? L'attribution de la personnalité morale est ici l'œuvre incontestée du législateur. C'est au nom de l'intérêt général qu'il attribue la personnalité morale. Cela confirme que la société est une fiction juridique.

170- Certains se sont même interrogés sur l'emploi du mot « entreprise » dans le sigle de cette nouvelle forme de société. N'y avait-il pas confusion voire assimilation de *l'entreprise et de la société*¹¹⁶ ? En fait, l'emploi de ce mot révèle l'inconfort ressenti par le législateur face à sa propre création. N'a-t-il pas été lui même inquiet de concrétiser par les mots la mutation

¹⁰⁸ A commencer par la substitution du mot « institution » au mot « constitution » dans l'art. 1832 du Code civil. V. en ce sens HUGOT (J.) et RICHARD (J.) *Les sociétés unipersonnelles*. Litec, 1985, ainsi que les travaux préparatoires de la loi : GOUZES (G.) *Rapport à l'Assemblée Nationale n° 2598*, p. 15 et 17, J.O. débats A.N. 19 juin 1985, p. 1726 et s. et spécialement p. 1735.

¹⁰⁹ RANDOUX (D.) *Une société très spécifique : l'E.U.R.L.* J.C.P. éd. N. 1985, p. 1355.

¹¹⁰ PREA (J.-J.) *L'E.U.R.L. et l'E.A.R.L.* J.C.P. éd. N. 1985, p. 1309, n° 13.

¹¹¹ DAUBLON (G.) *Remarques sur l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*. Defrénois 1986, art. 33641, n° 8.

¹¹² SAYAG (A.) *De nouvelles structures pour l'entreprise. La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985*. J.C.P. 1985, II, 3217.- DIENER (P.) *La SNC dont tous les associés sont des EURL*. Art. préc., n° 22.

¹¹³ MALAURIE (P.) *Nature juridique de la personnalité morale*. Defrénois 1990, art. 34848, p. 1075, n° 13.

¹¹⁴ DIDIER (P.) *Droit commercial. Tome 1. Introduction, l'entreprise individuelle*. PUF, 1997, p. 465 et s.

¹¹⁵ SAYAG (A.) *Une remise en cause infructueuse. In Quelle organisation juridique pour l'entreprise individuelle*. C.D.E. 1990/1, p. 22.

¹¹⁶ RANDOUX (D.) Art. préc., n° 39.

qu'il venait de faire subir aux sociétés ? Il a employé avant tout un mot dans son sens le plus courant, un mot qui, même dans une acception juridique, n'a pas vraiment de poids. Il fait référence à une universalité, dans laquelle confluent de nombreuses branches du droit. Il a également utilisé ce terme car il répondait plus facilement à l'écho des entrepreneurs revendiquant un nouveau statut. « Entreprise » est employé à titre promotionnel : il fait de la publicité pour le nouveau type de société créé. Le législateur à défaut d'un choix de rigueur terminologique impossible à opérer, a fait celui de l'impression, et les auteurs critiques ont parlé alors du choix de l'illusion.

171- Un auteur a relevé que l'appréciation de la loi sur l'E.U.R.L. devait se faire par une *approche organisationnelle*¹¹⁷. Il nuance ainsi la critique. Pour cet auteur, il faut rechercher quel était l'objet de l'organisation. S'il s'agissait d'une masse de biens affectés à une entreprise, le patrimoine d'affectation semblait plus adapté. En revanche s'agissant de l'entreprise elle-même, la société l'était parfaitement. Ainsi la réponse technique ne serait pas la même selon l'objet de l'organisation. Si ce raisonnement semble d'une logique orthodoxe et relativement pratique, il semble aussi réducteur compte tenu des réalités de l'entreprise individuelle. Tout d'abord, la plupart du temps, l'entrepreneur individuel qui cherche à s'organiser ne poursuit pas qu'un seul objectif, mais plusieurs et notamment ceux d'organiser la masse de biens affectés à son entreprise et l'entreprise elle-même¹¹⁸. La dichotomie des objectifs est purement intellectuelle, car organiser l'entreprise, suppose d'organiser avec elle les moyens de son activité et donc le patrimoine. Ensuite, s'il fallait réellement suivre la logique de ce raisonnement, il faudrait introduire deux structures d'organisation différentes, ce qui ne milite pas vraiment pour une simplification du droit et un allègement des coûts pour l'entrepreneur individuel¹¹⁹. Raisonner en l'espèce de manière technicienne, rechercher si la société ne serait pas un outil multi-fonctionnel, adapté à l'organisation du patrimoine réalise un compromis heureux. L'E.U.R.L. ne fait que consacrer l'analyse fonctionnelle faite de la société par l'Ecole de Rennes¹²⁰. La précaution reste de vérifier que la technique est conforme

¹¹⁷ PAILLUSSEAU (J.) *Le droit est aussi une science d'organisation*. Art. préc., p. 46, n° 94.

¹¹⁸ Faut-il d'ailleurs dissocier autant ces deux éléments ? La masse de biens affectés n'est-elle pas le support nécessaire, indispensable à l'activité, et ne fait-elle pas partie à part entière de l'entreprise : elle en est le moyen.

¹¹⁹ Le souci d'établir une harmonie entre le droit et la réalité conduit à méconnaître cette dernière. Comp. avec PAILLUSSEAU (J.) Art. préc., p. 49, n° 103.

¹²⁰ V. à propos de ce débat, l'opinion de J.-Ph. DOM. *Op. cit.*, n° 13 : « La société a une organisation fonctionnelle de nature institutionnelle.(...) Il semble possible de clore le débat sur la nature de la société en définissant celle-ci comme un mécanisme de nature variable ». V. également les références citées par l'auteur. *Adde* : BERTREL (J.-P.) *Le débat sur la nature de la société*. In *Etudes à la mémoire d'Alain Sayag ; droit et vie*

aux objectifs. C'est précisément sur l'utilité de la technique que se sont axées les défenses.

b- Les défenses

172- Face à ces critiques, la défense s'est organisée sous un angle pratique. L'avantage principal attendu de l'E.U.R.L. était de mettre à l'abri la fraction de patrimoine privé de l'associé unique, laissant soumis aux aléas des affaires le seul patrimoine d'exploitation. Cet effet devait libérer l'esprit d'initiative qui craignait les conséquences néfastes de la confusion patrimoniale¹²¹. Ainsi cette nouvelle société « individualisait sans ambiguïté une fonction économique¹²² ». Les auteurs qui ont défendu l'E.U.R.L., loin des débats théoriques, se sont résolument placés sous cet angle pratique voire économique¹²³. Certains auteurs ont même été jusqu'à ironiser sur les « mythes chevaleresques » véhiculés par le nouvel entrepreneur, lesquels ont favorisé l'accueil de ce type de société¹²⁴.

173- L'E.U.R.L. était la solution la plus simple comparativement à l'admission en droit français d'un patrimoine d'affectation¹²⁵. Passer par la technique sociétaire présente des avantages : peu d'articles nouveaux à rédiger, une technique juridique éprouvée et d'une grande plasticité, dotée de pouvoir de gestion dynamique¹²⁶. L'E.U.R.L. a enfin eu le mérite de diminuer la pratique hypocrite des hommes de paille dans les S.A.R.L.¹²⁷. Elle met fin à la multiplication des sociétés fictives¹²⁸.

des affaires. Litec, 1997, p. 131 et s. L'auteur reconnaît un caractère mixte à la nature de la société (n° 14) et cite les nombreux auteurs qui récuser toute vision moniste de la société.

¹²¹ Pour l'agriculteur, l'E.A.R.L. est d'autant plus intéressante qu'elle lui permet en cas de difficultés de ne plus être poursuivi sur le fondement des voies d'exécution traditionnelles et de bénéficier des procédures collectives plus favorables au redressement de l'exploitation.

¹²² CONTIN (R.) et HOVASSE (H.) Art. préc., n° 11.

¹²³ MAURO (J.) L'E.U.R.L. L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée : ménage à deux avec l'Etat ? En tout cas, un chance pour l'économie. Gaz. pal. 1986, doct., p. 433, qui met en avant le rôle de l'Etat, et l'intérêt que représente l'E.U.R.L. pour l'économie nationale.

¹²⁴ ZENATI (F.) Loi du 11 juillet 1985 relative à l'E.U.R.L. et l'E.A.R.L. R.T.D. civ 1985, p. 772.

¹²⁵ Sur la difficulté d'accueillir en droit français le patrimoine d'affectation, v. *supra* n° 46 et s.

¹²⁶ DAIGRE (J.-J.) Défense de l'E.U.R.L. J.C.P. 1986, I, 3225.

¹²⁷ GRIMALDI (M.) et REYNIS (B.) Art. préc.

¹²⁸ MAUBRU (B.) Abus de droit et fictivité des sociétés à l'épreuve de l'E.U.R.L. J.C.P. 1986 éd. N., I, 435.

174- Les auteurs contestent parfois l'efficacité de la limitation de responsabilité¹²⁹, mais soulignent les intérêts qui résident dans la souplesse d'évolution pour une meilleure croissance¹³⁰, le service rendu à l'économie française en encourageant l'esprit d'entreprise¹³¹. Il est clair à cet égard que toute action qui vise à donner son autonomie au patrimoine n'a pas pour seul effet de limiter les risques, elle favorise également la gestion de ce patrimoine devenu indépendant¹³².

De ce débat de sourds, qui ne fait que mettre à jour un clivage entre une vision théorique¹³³ et une vision pratique¹³⁴ du droit¹³⁵, ne ressort finalement qu'un constat : le droit des sociétés évolue inexorablement selon la fonction qui lui est dévolue¹³⁶.

2 - Le constat de fonctionnement de l'E.U.R.L.

175- En créant l'E.U.R.L., le législateur n'a pas inventé une nouvelle fonction pour la société. En revanche, il a reconnu officiellement le fait que la société peut être un mode d'organisation du patrimoine.

Les défenseurs d'une doctrine de l'entreprise¹³⁷ ont cru trouver une consécration de leur thèse avec l'E.U.R.L. Le choix du mot « entreprise » pouvait les conforter dans cette idée et laisser penser que la loi du 11 juillet 1985 consacrait enfin la notion d'entreprise – sujet de droit¹³⁸. Toutefois, au-delà de la consécration de la société comme technique d'organisation de

¹²⁹ Monsieur DAUBLON considère que l'entrepreneur quitte ainsi « l'enfer pour le purgatoire ». DAUBLON (G.) Remarques sur l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. Defrénois 1986, art. 33641, 1, n° 7.

¹³⁰ PREA (J.-J.) Art. préc.- RANDOUX (D.) Art. préc.

¹³¹ SERLOOTEN (P.) Art. préc., n° 2.

¹³² V. *infra* titre 2.

¹³³ Prête à renier une technique parce qu'elle n'est pas orthodoxe juridiquement.

¹³⁴ Prête à accueillir une technique dès lors qu'elle répond à un besoin.

¹³⁵ Au-delà, il s'agit peut-être également d'un débat entre une conception normative ou conséquentialiste de la construction du droit. Doit-on valider une règle par référence aux seules conséquences immédiates et heureuses qu'elle peut avoir ?

¹³⁶ Ce type de débat se retrouve dans de nombreuses branches du droit. C'est toute la question des sources du droit. V. sur ce point : PERELMAN (C.) Ontologie juridique et sources du droit. In *Archives de philosophie du droit*, tome 27, p. 23 et s. L'alternance de domination de l'une ou l'autre de ces positions, si elle peut exaspérer par le manque de cohérence et de continuité dans l'évolution des lois, a au moins l'avantage de combler peu à peu les lacunes.

¹³⁷ V. notamment PAILLUSSEAU (J.) Thèse préc., mais également les articles précités et Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit. D. 1997, chron., p.97.

¹³⁸ CHAMPAUD (Cl.) et LE FLOCH (P.) Personnalité morale. Evolution du concept. Loi du 11 juillet 1985. R.T.D. com 1986, p. 252, chron., n° 2.

l'entreprise¹³⁹, l'E.U.R.L. est la consécration de la société comme technique d'organisation du patrimoine¹⁴⁰. Le législateur consacre la nécessité d'une *autonomie patrimoniale* de l'entreprise¹⁴¹. Les débats relatifs à la récente loi initiative économique l'ont encore confirmé puisqu'il fut question de créer pour les entrepreneurs individuels un patrimoine d'affectation professionnel¹⁴².

En l'espèce, s'agissant d'organiser son activité, la première étape de l'entrepreneur consiste à structurer son patrimoine afin de dissocier son patrimoine privé de son patrimoine professionnel dans une optique de protection réciproque. Ce n'est qu'une fois une partie du patrimoine professionnel affectée à une structure spécifique, que l'on peut parler d'organisation d'entreprise. C'est de l'organisation du patrimoine que dépend l'organisation ultérieure de l'entreprise¹⁴³. Le choix de l'E.U.R.L. est avant tout un choix initial d'organiser le patrimoine¹⁴⁴. Il en va de même pour l'E.A.R.L. et l'exploitation agricole¹⁴⁵. La loi du 11 juillet 1985 a consacré la notion de société en tant que technique permettant la réalisation d'un patrimoine d'affectation¹⁴⁶. La société est donc aussi une technique d'affectation patrimoniale¹⁴⁷.

176- L'E.U.R.L. a été accusée d'opérer un dédoublement de la même personne. Toutefois, la personne morale ainsi créée n'est pas à l'entière merci de l'associé unique. L'affectation par le biais de l'E.U.R.L. n'est pas pur artifice, car le patrimoine devra rester fidèle à son affectation c'est à dire, en l'occurrence, l'entreprise. Il ne pourra plus être détourné. L'entrepreneur en affectant à une E.U.R.L., les moyens humains et matériels de

¹³⁹ GRANGER (D.) *La société unipersonnelle, technique d'organisation de l'entreprise individuelle*. Thèse Rennes, 1976.

¹⁴⁰ DIENER (P.) *La S.N.C. dont tous les associés sont des E.U.R.L.* Art. préc., n° 14 : Les particuliers « utilisent massivement l'E.U.R.L., moins comme une technique d'organisation d'entreprise à créer, que comme technique d'organisation de leur patrimoine », v. également n° 21.

¹⁴¹ DERUPPE (J.) *E.U.R.L. - loi du 11 juillet 1985*, R.T.D. com. 1985, p. 738.

¹⁴² V. sur les détails de ce projet avorté, *supra* n° 49.

¹⁴³ Avant d'être les biens de l'entreprise [ainsi que sont souvent considérés les actifs de la société - v. en ce sens : CALAIS-AULOY (J.) et MOUSSERON (J.-M.) *Les biens de l'entreprise*. Librairies techniques 1972, spéc. n° 163], ces biens étaient ceux des constituants de la société, ils n'avaient pas d'autres liens juridiques.

¹⁴⁴ Il y a des formes de sociétés unipersonnelles, antérieures à l'E.U.R.L., non contestées dans leur existence et qui traduisent parfaitement ce besoin de structurer le patrimoine à la fois pour les besoins du détenteur du patrimoine et pour la bonne croissance de l'activité : les sociétés nationalisées et les E.P.I.C. L'intérêt de l'autonomie patrimoniale n'est pas seulement de favoriser la gestion, elle limite également les risques.

¹⁴⁵ DAVID (J.) *Présent et avenir de l'E.A.R.L.*, J.C.P. éd. N. 1986, I, 267, n° 8.

¹⁴⁶ En ce sens v. BENOIT-MOURY (A.) Art. préc. L'auteur voit dans la société unipersonnelle la reconnaissance du patrimoine d'affectation qui avait déjà vu le jour en droit comptable belge sous l'art.3 de la loi du 17 juillet 1975 (comptabilité et comptes annuels des entreprises).

¹⁴⁷ ZENATI (F.) Art. préc., p. 777.- Monsieur Carbonnier y a vu un « patrimoine autonome spécialisé » v. CARBONNIER (J.) *Droit civil, introduction*. PUF, 1997, n° 166.

production qui lui procuraient son profit¹⁴⁸, ne les a pas rassemblés dans sa personne, encore moins autour d'elle¹⁴⁹, il leur a donné leur indépendance, et mieux, une vie autonome guidée par un intérêt spécifique et officialisé. De ce fait, il s'enlève un peu de liberté d'action sur ses biens¹⁵⁰.

L'E.U.R.L. a également été qualifiée d'artifice, « la personnalité juridique n'étant pas une simple technique économique, sous peine de tomber dans le mercantilisme. Pas de technique sans le réel, pas de réalité sans technique »¹⁵¹. Pourtant, cette technique répond à un besoin qui est bien réel et n'a, *a priori*, pas d'autres raisons d'être que d'être utile, ce qui nous renvoie nécessairement au critère de l'impact économique¹⁵². L'E.U.R.L. a un fondement réel. En la consacrant, les pouvoirs législatifs et réglementaires ont fait preuve d'un grand réalisme juridique, répondant aux « évolutions et aspirations sociétales »¹⁵³, L'E.U.R.L. permettant l'affectation du patrimoine entraîne *ipso facto* une limitation des risques¹⁵⁴.

177- Toute la question est de savoir si la société est une bonne technique de protection patrimoniale. L'E.U.R.L. n'est pas un leurre. Certes, le nombre d'E.U.R.L. créées n'est pas significatif¹⁵⁵. Certains entrepreneurs restent hostiles à l'organisation sous forme sociétaire de leur activité¹⁵⁶. Mais, elle est aujourd'hui plébiscitée par la pratique, notamment dans les montages¹⁵⁷, et défendue par la jurisprudence laquelle reconnaît que l'institution de cette société par le législateur procède de l'intention de « permettre à une personne physique ou morale de constituer un patrimoine d'affectation doté de la personnalité juridique et de la

¹⁴⁸ Les difficultés d'organisation juridique de ces entités ne sont pas niées. V. SAYAG (A.) L'entreprise individuelle : faux débats et vraies questions. In *Etudes offertes à René Rodière*. Dalloz, 1981, p. 290, n° 4.

¹⁴⁹ V. à ce propos la théorie de l'entreprise développée par M. DESPAX dans sa thèse en 1957.

¹⁵⁰ PAILLUSSEAU (J.) L'E.U.R.L., ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle. Art. préc., n° 38 et s.

¹⁵¹ MALAURIE (P.) Art. préc., n° 13 *in fine*.

¹⁵² L'utilité est ce qui peut être avantageusement mis au service d'autrui. L'avantage peut être patrimonial comme extrapatrimonial. Une société a toujours eu un but lucratif (le bénéfice ou l'économie.) Elle représente donc nécessairement une utilité économique.

¹⁵³ CHAMPAUD (Cl.) Des droits nés avec nous. Art. préc., p. 93, qui relève que lorsque le législateur fait preuve de réalisme, il n'est pas désavoué par le corps social. Il faut que les nouvelles structures juridiques soient adaptées aux besoins sociaux opprimés.

¹⁵⁴ Il en va de même pour l'E.A.R.L., v. DAVID (J.) Art. préc., n° 17 et s. : l'E.A.R.L. est une technique de limitation du risque agricole.- Il faut toutefois réserver le problème soulevé par l'hypothèse de dissolution de l'E.U.R.L. Sur le problème de transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique v. *infra* n° 235.

¹⁵⁵ Il ne l'est surtout pas comparativement au poids économique que jouent les petites entreprises susceptibles d'y avoir recours.

¹⁵⁶ Il serait intéressant de savoir s'il s'agit là du désir inconscient de conserver la « titularité » pleine et entière de leur exploitation, sans passage par une personne morale, ou s'il s'agit plus simplement d'une hostilité à tout formalisme.

¹⁵⁷ DOM (J.-Ph.) *Les montages en droit des sociétés*. Joly éditions, 1998.

limitation de responsabilité »¹⁵⁸. L'argumentation de la Cour d'appel a le mérite de mettre à jour les objectifs réels du législateur. Les réformes postérieures à la loi du 11 juillet 1985 accentuèrent cette ressemblance de l'E.U.R.L. avec le patrimoine d'affectation, et donc ce souci de limitation des risques. La loi Madelin du 11 février 1994, dans son article 5, supprime l'interdiction faite à une personne physique d'être associée de plusieurs E.U.R.L.¹⁵⁹. Une personne peut donc avoir autant de patrimoines autonomes qu'elle le veut¹⁶⁰. L'associé unique au sein d'une société se banalise. L'E.U.R.L. devient l'outil d'affectation patrimonial et s'emploie alors au sein des groupes de sociétés, mais il lui manque la souplesse, la flexibilité tant appréciée du monde des affaires. Elle n'est pas l'outil idéal pour la gestion. C'est avant tout « l'entreprise stable »¹⁶¹, celle de l'entrepreneur individuel sans ambitions de développement.

178- La démonstration de l'opportunité de cette technique d'affectation patrimoniale est soutenue par l'apparition ultérieure d'autres formes unipersonnelles. Désavouant la Cour de cassation¹⁶², le législateur a abrogé dans la loi du 23 juin 1999¹⁶³, l'alinéa 2 de l'article 1 de la loi de 1990¹⁶⁴, permettant ainsi la création d'une Société d'Exercice Libéral unipersonnelle¹⁶⁵. Il aurait été effectivement surprenant de refuser aux S.E.L. ce que les S.A.S. pouvaient faire. En effet, adoptant la même méthode législative incongrue et opportuniste¹⁶⁶, deux semaines plus tard, la loi du 12 juillet 1999¹⁶⁷ admettait à son tour la constitution de S.A.S. unipersonnelles.

¹⁵⁸ PARIS, 9 février 1999. Bull. Joly 1999, § 118, p. 548, obs. DOM (J.-Ph.) ; Rev. sociétés 1999, p. 412 ; R.T.D. com 1999, p. 440.- Conforme à Cass. com., 19 mai 1998. Bull. IV, n° 159.- Cass. civ. 1^{re}, 14 juillet 1995. J.C.P. 1996 éd. E, II, 784, note LEVENEUR (L.)

¹⁵⁹ On parle alors de groupe de sociétés dit groupe personnel.

¹⁶⁰ Une réserve demeure : les cascades d'E.U.R.L. ne sont pas possibles. Une E.U.R.L. ne peut pas être l'associée unique d'une autre E.U.R.L.

¹⁶¹ Selon l'expression de Monsieur SAYAG (L'entreprise individuelle : faux débats et vraies questions, art. préc.) qui l'oppose à l'entreprise de croissance, et à l'entreprise à capital intellectuel.

¹⁶² Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1999. J.C.P. éd. E. 1999, p. 1132 ; D. affaires 1999, p. 1119, n° 169, obs. A.L.

¹⁶³ Art. 31 de la loi n° 99-515 renforçant l'efficacité de la procédure pénale. J.O. 24 juin, 9247.

¹⁶⁴ Loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de société des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.

¹⁶⁵ DAIGRE (J.-J.) La S.E.L.A.R.L. unipersonnelle, légalité, intérêts et inconvénients. Bull. Joly 2000, § 51, p. 255.- VIDAL (D.) L'E.U.R.L. d'exercice libéral - An II. Dr. sociétés février 2000, p. 1.

¹⁶⁶ V. les remarques unanimes des auteurs sur la méthode législative : REINHARDT (Y.) La nouvelle S.A.S. est arrivée. R.T.D. com. 1999, p. 898.- CHAMPAUD (Cl.) et DANET (D.) Forme de société - réforme de la S.A.S. R.T.D. com. 1999, p. 872. Les auteurs présentent avec humour l'originalité de la démarche législative qui s'apparente à une « vente à la sauvette ». *Adde* : PAILLUSSEAU (J.) Les nouvelles S.A.S. : le big bang du droit des sociétés. D. 1999, chron., p. 333, n° 8 et s.- BARANGER (G.) Le droit des sociétés bouleversé à la sauvette. L'ouverture de la SAS unipersonnelle. Bull. Joly 1999, § 197, p. 831.

¹⁶⁷ Art. 3 de la loi n° 99-587 sur l'innovation et la recherche. J.O. 13 juillet 2003, 10396.

B – La S.A.S., technique déréglementée d'affectation du patrimoine

179- Les obstacles issus de la théorie d'Aubry et Rau ont braqué le projecteur sur la personne morale. Elle a servi de « mère porteuse » pour la naissance de modèles d'organisation que certains estiment n'être que de pâles équivalents à ce que le trust et la fiducie peuvent mettre en place¹⁶⁸. On a pu penser, et à juste titre, que cette mise en lumière mettait sur le devant de la scène l'aspect institutionnel¹⁶⁹ de la société, au détriment de l'aspect contractuel¹⁷⁰. La naissance de la S.A.S. paraît rassurer les tenants de la thèse contractuelle. Cette forme de société est en effet plébiscitée pour sa grande liberté contractuelle. Si l'accent sur le contrat de société refait effectivement surface¹⁷¹, ce n'est pas sans contradictions. La plus flagrante est l'admission des S.A.S. unipersonnelles. Voici donc de nouveau le contrat mis à mal¹⁷².

180- Cette nouvelle contradiction autorise d'abord une remarque préalable quant à la construction du droit. Les réformes opérées par petites touches successives semblent manquer d'ampleur et de lignes directrices. Elles ne font que répondre à des besoins conjoncturels. Ces intérêts impulsent le mouvement du droit des sociétés qui, de ce fait, s'instrumentalise. L'élaboration des règles juridiques correspond bien à la réalité du jeu des forces socio-économiques¹⁷³ et la réforme de la S.A.S. l'illustre parfaitement. A la lumière de cette évolution, l'analyse fonctionnelle tant de la personnalité morale que de la société se confirme. Le Doyen Ripert avait déjà décrit la S.A. comme une « machine juridique »¹⁷⁴. La société, de manière constante, a toujours été et devient, tous les jours un peu plus, une technique au service de l'optimisation des situations juridiques brutes.

¹⁶⁸ A la différence de la fiducie-gestion, la société permet à l'apporteur de réaliser une affectation patrimoniale tout en conservant un certain pouvoir sur les biens affectés par le biais des organes sociaux.

¹⁶⁹ Ou encore fonctionnel. Les termes ne sont pas interchangeables, mais renvoient ensemble à l'idée d'autonomie réalisée grâce à la personnalité morale de la société.

¹⁷⁰ CHAMPAUD (Cl.) Le contrat de société existe-t-il encore ? Art. préc.

¹⁷¹ Et avec lui, les thèses sur le sujet : v. notamment MONSALLIER (M.-C.) *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la S.A.* L.G.D.J., 1998.- GOFFAUX (G.) *Du contrat en droit des sociétés – Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés.* Thèse Nice, 1999.

¹⁷² « L'institution d'une S.A.S. unipersonnelle est un coup de poignard porté au flanc du contractualisme sociétaire » CHAMPAUD (Cl.) et DANET (D.) Art. préc., p. 875.

¹⁷³ CHAMPAUD (Cl.) Des droits nés avec nous. Art. préc., p. 86 : la règle de droit est « le résultat d'un compromis entre des intérêts divergents créateurs de forces antagonistes », elle est marquée de pragmatisme.

¹⁷⁴ RIPERT (G.) *Aspects juridiques du capitalisme moderne.* Op. cit.

Ensuite, cette contradiction entre la société *contractuelle* que devait représenter la S.A.S. et l'avènement de la forme unipersonnelle est très révélatrice des objectifs poursuivis en utilisant la technique sociétaire. Outre le merveilleux instrument de gestion qu'elle constitue¹⁷⁵, la démonstration est faite que c'est encore une fois la personnalité morale qui a été utilisée pour isoler des intérêts matérialisés en un patrimoine distinct.

181- Introduite par la loi du 3 janvier 1994¹⁷⁶, la S.A.S. devait répondre, dans un premier temps, à un besoin des grandes entreprises françaises souhaitant développer les coopérations inter-entreprises et cherchant la structure juridique adéquate. Les qualités recherchées étaient la souplesse traduite par une grande liberté contractuelle et la limitation des risques. Ainsi, la S.A.S. tout en laissant la place à *l'intuitus personae*, permet une organisation sur mesure. Elle puise ses règles dans la réglementation de la S.A. à l'exception de celles organisant la direction, l'administration de la société et le pouvoir des associés en assemblée générale. Pourtant, en 1994, la S.A.S. a, certes, connu un certain succès, mais moins comme instrument de coopération que pour l'organisation des filiales à 100%¹⁷⁷. C'est donc encore cette aptitude sociétaire à « autonomiser » le patrimoine qui rencontre un succès pratique. En effet, la S.A.S., qui reste par nature une société par actions, porte en son nom la protection qu'elle procure relativement aux pertes sociales, qui ne sont supportées qu'à concurrence des apports¹⁷⁸. Le constat fait de l'utilisation des S.A.S. a encouragé la création de S.A.S. unipersonnelles ce qui fut inscrit au rapport Marini¹⁷⁹ dès 1996.

182- Dans un second temps, les modifications récentes apportées par l'article 3 de la loi du 12 juillet 1999¹⁸⁰ sur l'innovation et la recherche ont révolutionné la fonction de la S.A.S.

¹⁷⁵ L'apport de la S.A.S. en ce qui concerne la gestion et l'organisation des pouvoirs sera développé *infra*, v. notamment n° 311. V. CAUSSAIN (J.J.) Du bon usage de la S.A.S. dans l'organisation des pouvoirs. J.C.P. 1999 éd. E., p. 1664.- COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 600 : la S.A.S. est « un flot de liberté » et sa dénomination « n'est pas usurpée ». Elle déroge fondamentalement à la lourdeur législative contraignante de la S.A. ou la S.A.R.L.

¹⁷⁶ Loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée. J.O. 4 janvier 1994, 129.

¹⁷⁷ MERLE (Ph.) *Droit commercial, sociétés commerciales*. *Op. cit.*, n° 595-1, p. 650.- REUMONT (J.-L.) La S.A.S., premières expérimentations et premières difficultés in questions pratiques de droit des sociétés. Petites affiches du 20 novembre 1996, n° 140, p. 14 et s.- BERTREL (J.-P.) La S.A.S., bilan et perspectives. Dr. et patrimoine, septembre 1999, p. 40 et s.

¹⁷⁸ GERMAIN (M.) La S.A.S libérée. J.C.P. éd. E 1999, 1505, qui évoque le pléonasme que constitue le fait de rappeler ce principe à l'art. 262-1 de la loi du 24 juillet 1966 (actuellement art. L. 227-1 du Code de commerce.) Doit-on y voir encore une manifestation du législateur-publicitaire qui fait la promotion de ses nouvelles techniques ? (V. réflexions à propos du choix du mot « entreprise » pour l'E.U.R.L.)

¹⁷⁹ Rapport Marini. Modernisation du droit des sociétés. Documentation française 1996, p. 24.- CONAC (P.-H.) Quelques réflexions sur un avant-projet de loi créant une société par action simplifiée unipersonnelle (S.A.S.U.). Bull. Joly 1999, § 133, p. 607.

¹⁸⁰ Loi n° 99-587 sur l'innovation et la recherche. J.O. 13 juillet 2003, 10396.

Une personne physique peut être désormais actionnaire d'une S.A.S. Elle peut ne comporter qu'un actionnaire, alors dénommé « associé unique »¹⁸¹. Des modifications portent en outre sur le montant et la libération du capital. La S.A.S sort ainsi de la sphère intime des grands groupes industriels pour devenir un instrument adapté aux P.M.E.¹⁸². Elle constitue une structure commode tant pour l'entrepreneur individuel que pour les filiales de grands groupes.

La S.A.S. est devenue à la fois ouverte à tous et dotée d'une grande liberté statutaire. Elle permet en outre une limitation de responsabilité¹⁸³. Le législateur abandonne ainsi ses soupçons notamment à l'égard de la protection des créanciers et « dérèglemente »¹⁸⁴. L'élargissement d'accès de la société est remarquable, car l'admission d'une responsabilité limitée pour une société censée être à fort *intuitus personae* et disposant d'une grande liberté statutaire laisse à penser qu'aujourd'hui la limitation des risques est l'objectif primordial de la technique sociétaire.

Concernant la S.A.S.U.¹⁸⁵, elle n'apporte pas plus que l'E.U.R.L. quant à la limitation des risques¹⁸⁶. Seule une structure plus souple la différencie de son aînée. Cette souplesse n'est pas essentielle face à soi-même¹⁸⁷ ! Et il est peu probable que la S.A.S.U. détrône l'E.U.R.L., sauf lorsque l'entrepreneur individuel s'inscrira dans une logique et des perspectives de croissance rapide¹⁸⁸. Ce qui est remarquable en revanche, est que cette nouvelle société unipersonnelle n'offusque plus personne. Il semble que l'idée soit entrée dans les mœurs juridiques et que les exigences de la pratique s'imposent peu à peu¹⁸⁹. Plus que la nature contractuelle de la société, la S.A.S. et la S.A.S.U. semblent donc confirmer que la société est avant tout une technique de structuration et de protection du patrimoine et sa

¹⁸¹ Le terme retenu pour désigner l'actionnaire unique est « associé », ce qui paraît surprenant. Plus qu'un choix délibéré, le législateur a dû s'inspirer trop largement des dispositions concernant l'E.U.R.L.

¹⁸² DAIGRE (J.-J.) Faut-il banaliser la société par actions simplifiée ? J.C.P. éd. E. 1999, p. 977.- Pour un exemple de statuts, v. STUCKI (D.) Statuts de S.A.S. unipersonnelle. J.C.P. éd. E. 1999, p. 1568.

¹⁸³ GUYON (Y.) L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées. (Loi du 12 juillet 1999 art. 3.) Rev. sociétés 1999, p. 505, qui remarque qu'il s'agit d'un retour aux origines des sociétés par actions.

¹⁸⁴ GUYON (Y.) Art. préc., n° 1. Cela peut poser des difficultés car le législateur s'inscrit dans une logique contraire aux directives européennes qui restent très attachées à la protection des actionnaires et des tiers et donc contraignantes.- V. également : DAIGRE (J.-J.) Art. préc., p. 978.

¹⁸⁵ Le droit français rejoint ainsi ceux des Pays-Bas, de l'Allemagne, du Danemark, de l'Espagne, de la Finlande, de l'Italie et de la Suède, qui connaissaient déjà la société par actions unipersonnelle. Pour l'Allemagne, v. JAULT-SESEKE (F.) et SESEKE (C.) La petite société anonyme. Bull. Joly 1995, § 36, p. 139.

¹⁸⁶ Sauf au cas de dissolution de la S.A.S.U. si l'on en vient à penser que les dispositions relatives à la transmission universelle du patrimoine à l'associé unique ne sont pas applicables. V. sur ce point *infra* n° 235.

¹⁸⁷ GUYON (Y.) Art. préc., n° 6.

¹⁸⁸ Il s'agit de questions fiscales : La S.A.S.U. peut être plus adaptée pour les filiales à 100 %, qui connaissent davantage de mouvement. Les droits à 1 % en cas de cession d'actions seront plus intéressants que les 4,80% prélevés sur les cessions de parts sociales (v. *infra* n° 871).

¹⁸⁹ C'est le « droit saisi par la pratique » selon l'expression de THOMAS (J.-B.) et ORTEGA (O.) La S.A.S. ou le droit saisi par la pratique. C.D.E. 1994/2, p. 4.

nature fonctionnelle s'impose peu à peu¹⁹⁰. C'est là un encouragement à l'instrumentalisation de la personnalité morale¹⁹¹. Le même raisonnement que pour l'E.U.R.L.¹⁹² peut aussi être mené. L'autonomisation du patrimoine et la limitation des risques sont le préalable aux autres organisations, et notamment à une vision entrepreneuriale de la société¹⁹³. La S.A.S. ne déroge pas en cela à l'E.U.R.L.¹⁹⁴.

183- Le législateur a tâtonné entre encadrement législatif rigoureux et liberté contractuelle. Il semblait qu'il n'était pas possible de concilier les exigences des petites structures, des affaires familiales à celles des grandes sociétés nationales. Finalement les unes se sont inspirées des autres, et réciproquement¹⁹⁵. Le législateur semble avoir adopté en matière de société une approche organisationnelle¹⁹⁶. L'organisation du patrimoine, qui passe notamment par sa protection, peut être perçue aujourd'hui comme une dynamique. C'est le support préalable à l'organisation de l'entreprise. Les faits sont là¹⁹⁷, la société unipersonnelle n'est plus l'exception. C'est le signe le plus explicite que le souci d'organisation du patrimoine est aujourd'hui l'objectif permettant la réalisation des autres.

184- Certains diront que les S.A.S.U. permettent aujourd'hui toutes les cascades¹⁹⁸. Il y a là effectivement matière à de périlleuses expérimentations juridiques. La scène juridique est ouverte à la créativité. La S.A.S. fut, peut-être, comme le souligne Monsieur VIDAL¹⁹⁹, une

¹⁹⁰ V. CONAC (P.-H.) Art. préc. Dans sa conclusion, l'auteur déplore, comme l'avait fait avant lui en 1985 à propos de l'E.U.R.L. une partie de la doctrine, le déclin de la notion de société-contrat et de société-groupe de personne. Ce débat semble aujourd'hui particulièrement dépassé. D'autre part, l'auteur redoute l'instrumentalisation de la personne morale. Il semble que ce mouvement ait débuté il y a 75 ans avec la S.A.R.L. ! Qu'était la S.A.R.L. si ce n'est un instrument au service des petites entreprises limitant la responsabilité et organisant l'entreprise ?

¹⁹¹ LE CANNU (P.) La S.A.S. pour tous. Bull July 1999, § 198, p. 841, n° 6.

¹⁹² V. *supra* n° 175 et s.

¹⁹³ PAILLUSSEAU (J.) Art. préc., p. 72 et s.- CHAMPAUD (Cl.) et DANET (D.) Art. préc., p. 875.

¹⁹⁴ Ce raisonnement en deux temps, qui permet d'affirmer qu'avant d'être une technique d'organisation de l'entreprise, la société est une technique d'organisation du patrimoine, semble également adopté par les tenants de l'École de Rennes. Il apparaît ainsi dans l'art. préc. de M. Paillusseau aux n° 70 et 75. V. notamment au n° 78 où l'auteur remarque : « d'autre part, la société est aussi une structure d'accueil pour l'entreprise ».

¹⁹⁵ La S.A.R.L. ne serait pas née sans l'utilisation inadéquate faite de la S.A. La S.A.S. ne serait pas née sans les révélations et l'inspiration de l'E.U.R.L. Les montages (la constitution de sociétés holdings notamment) sont discutés autant lors du repas dominical de la famille « PME » que lors du repas d'affaires de l'équipe de direction d'une grande entreprise.

¹⁹⁶ PAILLUSSEAU (J.) Le droit est aussi une science d'organisation. Art. préc.

¹⁹⁷ PAILLUSSEAU (J.) Art. préc., n° 17.

¹⁹⁸ Aucun texte n'empêche l'empilement de S.A.S. VIDAL (D.) Le deuxième souffle législatif de la SAS. Dr. sociétés août-septembre 1999, p. 4.

¹⁹⁹ *Ibid.*

expérience instructive pour les travaux relatifs aux sociétés privées européennes²⁰⁰. Mais les cascades ne sont pas dénuées de risques. La protection peut échouer et il convient d'examiner les limites de l'efficacité de la société comme technique de protection du patrimoine.

²⁰⁰ Sur un droit commun des sociétés en Europe, v. COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 80 et s.- PANNIER-MAGNIER (V.) *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*. Thèse Paris I, 1997.- V. encore : MENJUCQ (M.) La société européenne : enfin l'aboutissement ! D. affaires 2001, p. 1085.- A la suite du sommet européen de Nice, un règlement portant statut de la société européenne a été publié (Règl. C.E. n° 2157/2001 du Conseil, 8 oct. 2001 : J.O.C.E. n° L 294, 10 nov.) Les textes relatifs à la *societas europaea* entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2004. Ce statut donnera aux entreprises qui opèrent dans plusieurs États membres, la possibilité de se constituer en société de droit communautaire et d'évoluer comme un opérateur unique dans toute l'Union. Il s'appliquera alors un jeu unique de règles et un système unique de gestion de l'entreprise et de publication de l'information financière. Les sociétés seront dispensées de devoir se conformer à la législation nationale de chaque État membre où elles comptent une filiale. A ces entreprises qui opèrent à l'échelle du marché intérieur, la société européenne offrira donc la perspective d'une réduction de leurs coûts administratifs et d'une structure juridique adaptée au grand marché sur lequel elles évoluent.- LUBY (M.) Le droit communautaire des sociétés en 2002. coup de houle à l'horizon. Dr. sociétés mai 2003, chron. 5, p. 8 et s.

SECTION 2

Les limites du fonctionnement protecteur de la société

185- La technique sociétaire devient un outil privilégié de l'ingénierie juridique²⁰¹, précisément parce qu'elle autorise la constitution de patrimoines autonomes. Mais son efficacité peut être discutée. La force de la société, et en particulier de l'écran qu'elle dresse entre les patrimoines, est remise en question. Les indices qui permettront de relativiser sa portée sont recherchés dans le *fonctionnement* de la société. L'atteinte à l'ordre public économique est traquée. Notre droit défend l'intérêt des créanciers. Une technique juridique n'a pas par nature la fonction d'échapper aux créanciers ou du moins de limiter leur droit de gage. C'est l'utilisation qui en est faite qui aboutit à ce résultat. Ceci explique la suspicion qui entoure l'utilisation de la technique sociétaire, accablée entre autres chefs de préjudice, d'enfreindre les droits des créanciers.

186- En la matière, l'intervention judiciaire est très fréquente. Elle se justifie d'autant mieux, qu'il ne s'agit plus là d'examiner le processus d'élaboration du contrat de société, mais d'apprécier le fonctionnement de l'institution. Le but d'une institution ne peut suffire à tout justifier si bien que le juge retrouve son rôle²⁰². L'immixtion du juge est admise par le fait que la société est un acteur à part entière qui, autonome, intéresse les tiers et l'économie tout entière. L'efficacité de sa tâche en matière d'abus de pouvoir²⁰³, plus généralement ses interventions dans le cadre de litiges entre associés²⁰⁴, occultent parfois sa mission prépondérante face à l'abus d'utilisation de la technique sociétaire même. Il est intéressant de chercher sur quel fondement il intervient pour limiter l'effet protecteur de la société²⁰⁵.

²⁰¹ Cette ingénierie devrait trouver ses limites dans la déontologie des juristes. V. en ce sens : FLECHEUX (G.) *Ingénierie juridique et déontologie*. C.D.E. 1993/2, p. 40.

²⁰² MESTRE (J.) *Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés*. R.J. com. 1985, p. 81.

²⁰³ MARIN (J.-C.) *La mission du juge dans la prévention des abus*. R.J. com. 1991, p. 110.

²⁰⁴ JEANTIN (M.) *Le rôle du juge en droit des sociétés*. In *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* Dalloz, 1996, p. 149.

²⁰⁵ Pour une illustration pratique comparant la responsabilité des indivisaires et des associés, v. DUBOST (P.) *Examen de notaire*. J.C.P. éd. N. 1996, p. 876.

187- Il semble que la jurisprudence ait parfois des difficultés à identifier un critère pertinent²⁰⁶. Les valeurs essentielles à l'ordre social servent de référence et en premier lieu se situe la responsabilité²⁰⁷. Elle sera engagée principalement par le créancier²⁰⁸ qui veut remettre en cause la technique sociétaire en vue d'atteindre le patrimoine protégé par l'écran social. La notion de faute²⁰⁹ revêt alors une vitalité²¹⁰ particulièrement surprenante²¹¹. Elle est l'une des raisons pour laquelle le voile social sera nié²¹². Toute la difficulté réside dans la caractérisation de la faute : « il est nécessaire d'établir la méconnaissance d'un devoir ou d'une obligation imposée par l'ordre juridique »²¹³.

Il est toutefois des cas dans lesquels aucune faute ne sera constatée. La force de l'écran et l'utilisation de la technique sociétaire ne seront pas remises en cause, mais un des

²⁰⁶ En ce sens, VIGNAL (N.) Quel fondement à l'obligation des sociétés d'un groupe aux dettes personnelles de l'une d'elles ? R.R.J. 1998-2 p. 785. L'auteur relève que les juges ont un certain malaise à l'appréhension de cette question et que l'on constate une jurisprudence très factuelle sur la question, avec corrélativement des critères généraux peu fiables.

²⁰⁷ La responsabilité a aussi un rôle normatif. V. VINEY (G.) *Introduction à la Responsabilité. Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*. L.G.D.J., 1997, n° 39 et s.- Concernant les effets dissuasifs, v. également : LE TOURNEAU (P.) et CADIET (L.) *Droit de la responsabilité*. Dalloz action 2002/2003, p. 6 et s., n° 21 (la prévention des dommages.)

²⁰⁸ La licéité de l'emploi de la technique intéresse les créanciers personnels, qui auront ainsi un recours sur l'actif social que l'on avait tenté de soustraire à leur droit de gage. Elle intéresse également les créanciers sociaux, qui en démontrant l'irrégularité de l'écran social, pourront le traverser, trouvant leur désintéressement directement sur le patrimoine des associés.

²⁰⁹ Pour une définition générale de la notion, v. CORNU (G.) *Vocabulaire juridique. Op. cit.* : « acte illicite supposant la réunion d'un élément matériel, le fait originaire (fait positif ou abstention), d'un élément d'illicéité, la violation d'un devoir, la transgression d'un droit, d'un élément moral sous réserve de la théorie de la faute dite objective ».

²¹⁰ En droit de la responsabilité, la notion de faute tend à perdre de sa vigueur par un souci d'objectivisation de la responsabilité et d'indemnisation. Sur le déclin du rôle attribué à la faute, notamment en raison de l'assurance, v. VINEY (G.) *Op. cit.*, n° 22 et s. La faute et corrélativement la sanction paraissent parfois perdre de leur ardeur en droit privé. Par exemple, la sanction n'est plus l'objectif des procédures collectives depuis la loi de 1985. On a le souci de sanctionner seulement la conduite inadmissible. C'est davantage le dédommagement qui est recherché que la sanction. Quant à la faute, on voit en droit des obligations qu'elle n'est plus la condition *sine qua non* d'une responsabilité, puisque l'évolution du droit tend à exclure les considérations subjectives et les données psychologiques de l'appréciation du fait générateur. V. en ce sens : VINEY (G.) *Les conditions de la responsabilité. Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*. L.G.D.J., 1998, n° 438. Mais fautes et sanctions resurgissent avec d'autres visages. Suite aux nombreuses mises en examen de dirigeants sociaux, la sanction a récemment repris de la vigueur avec la notion d'abus de bien social ; on retrouve également son visage avec la notion de peine privée en droit civil. En ce sens : GALAND CARVAL (S.) *De la fonction de peine privée de la responsabilité civile*. Thèse Paris I, 1993. Concernant la faute, v. RADE (C.) L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile. D. 1998, chron., p. 301 et s.

²¹¹ Dans le même sens : POLLAUD-DULIAN (F.) De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires. Art. préc. « Le droit commun des obligations témoigne d'une réelle vitalité dans le droit des affaires ». Et plus spécialement concernant la vigueur de la faute p. 351.- V. également LE TOURNEAU (P.) La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou la relativité de son déclin). R.T.D. civ. 1988, p. 505. L'auteur parle de la « verdeur » de la faute dans le droit de la responsabilité du monde des affaires.- L'actualité du monde des affaires et la mise en cause de la gestion des sociétés met également en relief la faute des dirigeants.

²¹² La faute est au centre du débat tant au stade de la constitution de la société, qu'au cours de son fonctionnement.

²¹³ VINEY (G.) *Les conditions de la responsabilité. Op. cit.*, n° 445.- « Tout jeu, même lucratif, impose le respect de ses règles » DIENER (P.) La société en nom collectif dont tous les associés sont des E.U.R.L. Art. préc., n° 33.

patrimoines protégés sera tout de même recherché, en vertu de la loi ou d'une convention, à titre de réparation du créancier. Cette réparation aura lieu au cours du fonctionnement de la société sur le fondement d'un seul fait générateur, et indépendamment de toute appréciation subjective des comportements²¹⁴.

La remise en cause de la protection accordée sera tantôt une sanction conduisant à l'échec du voile social (paragraphe 1), tantôt une réparation conduisant à son seul effacement (paragraphe 2.)

Paragraphe 1 - La sanction, cause d'échec de la protection des patrimoines

188- Face à une faute dans le fonctionnement des sociétés, le monde des affaires ne suscite pas l'indulgence. La sévérité est de mise quelle que soit la potentialité d'influence de la société²¹⁵. La puissance dégagée par la « fiction » juridique impose une plus grande exigence de loyauté. La faute²¹⁶ constatée aura pour sanction la négation de l'écran social qui constitue alors une sorte de peine privée, pareillement à certaines recherches de responsabilité²¹⁷. Ce souci de sanction fut au cours de la dernière décennie dans le mouvement législatif²¹⁸ et jurisprudentiel²¹⁹.

189- Deux angles de vues peuvent être étudiés. Les créanciers personnels d'un associé peuvent rechercher dans ses relations avec la société, matière à obtenir un désintéressement sur le patrimoine social. Corrélativement, les créanciers sociaux peuvent rechercher dans ces

²¹⁴ Cette distinction sanction et réparation est également celle adoptée par D. VEAUX dans sa thèse : *La renaissance de la responsabilité personnelle des dirigeants dans les sociétés commerciales*. Editions techniques, 1947. L'auteur distingue entre la responsabilité personnelle des dirigeants - réparation, et la responsabilité personnelle - sanction . il défend l'idée que dans le premier cas, la responsabilité est recherchée car une responsabilité ou une garantie qui en fait n'existent pas, ont été simulées. Dans le second cas, les dirigeants se disent irresponsables, et pour cela se cachent derrière l'écran de la personne morale, mais c'est une simulation de la réalité, car en fait ils sont responsables de ce qui se passe et notamment des difficultés financières de l'entreprise. La portée des notions de sanction et réparation est ici entendue différemment par rapport à la thèse présentée. La réparation suppose l'absence de faute, une responsabilité objective. La sanction en revanche, en plus du dédommagement qu'elle implique, suppose l'idée de faute, une responsabilité subjective.

²¹⁵ En la matière, la P.M.E. familiale n'est pas distinguée des multinationales.

²¹⁶ Lorsque le créancier social recherche auprès des associés le règlement qu'il n'obtient pas de la société, il recherche l'établissement d'un lien d'obligation qui ne peut trouver son fondement que dans une faute, voire une cascade de fautes. Cette faute doit émaner de l'associé et expliquer l'inexécution ou la mauvaise exécution de l'obligation contractuelle. Etablir un nouveau lien d'obligation avec l'associé est une forme de sanction de sa faute, puisqu'il devra, sur son patrimoine, désintéresser le créancier.

²¹⁷ GALAND-CARVAL (S.) *Op. cit.*

²¹⁸ V. notamment l'art. L 121-2 N.C.P.

²¹⁹ V. le mouvement jurisprudentiel relatif à l'abus de biens sociaux, notamment.

mêmes relations, matière à obtenir leur désintéressement sur le patrimoine personnel de l'associé. Cette seconde hypothèse est beaucoup plus fréquente et donne lieu à une étude plus fournie. Les développements s'appuieront donc sur cette supposition, la réciprocité de l'action étant possible.

190- La protection patrimoniale conférée par la technique sociétaire trouve sa limite en cas d'une gestion défailante de la société. La gestion dépend des associés et ils doivent ainsi répondre de leurs actes. Il est possible de distinguer selon que la mauvaise gestion ait conduit la société à une situation financière difficile ou non. Tantôt l'application des règles des redressements et liquidations judiciaires permettra aux créanciers sociaux de reconstituer le patrimoine social en atteignant le patrimoine privé des associés (A.) Tantôt la sanction patrimoniale touchera les associés d'une société *in bonis* (B.)

A – La sanction patrimoniale des associés d'une société en procédure collective

191- L'interaction entre le droit des sociétés et le droit des procédures collectives est très forte²²⁰. La loi du 25 janvier 1985²²¹ a eu le mérite de s'intéresser enfin à l'entreprise²²². L'homme n'est plus puni pour l'échec de son entreprise²²³. Il est tenté de remédier, avec lui, aux difficultés rencontrées²²⁴. S'agissant d'entreprise en société, il est cependant des cas où les défaillances de la société sont directement les conséquences des actes indécisifs des associés. Dans ces circonstances, le souci de reconstitution du patrimoine impose de restaurer le gage perdu en puisant dans le patrimoine personnel du fautif. Dans ces circonstances, la

²²⁰ Les effets de cette interaction se constatent dans les travaux universitaires relatifs au sujet. V. notamment : CALENDINI (J.-M.) *Le régime juridique des sociétés commerciales en règlement judiciaire ou en liquidation de biens*. Thèse Paris II, 1983.- HAREL (S.) *Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives*. Mémoire D.J.C.E, Rennes, 1999.- MBARGA (A.) Les formes sociétaires de gestion de patrimoine immobilier à l'épreuve des procédures collectives. Les Petites Affiches 13 janvier 2000, n° 9, p. 14.

²²¹ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 codifiée sous les art. L. 620-1 et s. C. com.

²²² Elle fait l'objet actuellement d'un projet de réforme qui vise à lever les obstacles pratiques constatés pour le réel redressement des difficultés. V. Art. Le Monde, 14 octobre 2003 : GALLOIS (D.) Début de concertation sur l'avant-projet de loi sur les faillites.

²²³ BRUNET (A.) De la distinction de l'homme et de l'entreprise. In *Études dédiées à René Roblot : aspects actuels du droit commercial français*. L.G.D.J., 1984, p. 469.- La préoccupation majeure de la loi du 25 janvier 1985 est de redresser l'entreprise. L'évolution de la terminologie en la matière est très révélatrice. V. sur ce point : PAILLUSSEAU (J.) Du droit des faillites au droit des entreprises en difficultés, In *Études en l'honneur de Roger Houin*, Paris, 1985, p. 109.

²²⁴ L'objectif clairement affiché devient l'économie et non plus la sanction. En ce sens, v. SAINT-ALARY-HOUIN (C.) La moralisation des procédures collectives : regard sur la jurisprudence récente. In *Mélanges en l'honneur de G. Farjat. Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue ?* Ed. Frison-Roche, 1999, p. 503, n° 2.

protection de la société échoue²²⁵. Deux pistes permettent de le faire : la confusion des patrimoines d'une part (1) et la faute du dirigeant d'autre part (2.)

1 - La confusion des patrimoines

192- La confusion des patrimoines suppose que des relations spéciales se soient établies entre le patrimoine de la société débitrice et celui d'une autre personne, physique ou morale, quelle qu'elle soit. Cette autre personne a pourtant souvent des intérêts à la bonne marche de la société. Le lien est souvent social, l'une étant associée de l'autre. Une assimilation fréquente a été opérée entre la fictivité et la confusion des patrimoines en matière de procédure collective²²⁶. Elle est compréhensible dans la mesure où, dans les deux cas, la finalité de l'action judiciaire est de mettre en échec l'écran dressé par la personnalité morale²²⁷, afin de trouver un désintéressement dans le patrimoine protégé des associés²²⁸. La difficulté de distinction s'explique « par la communauté des indices qui les révèlent, par leur concomitance fréquente et par l'identité des conséquences qui leur sont attribuées en jurisprudence »²²⁹. Mais les tenants de l'identité des notions de fictivité et confusion des patrimoines²³⁰ doivent aujourd'hui se plier à la récente jurisprudence de la Cour de cassation²³¹ qui affirme à la suite de certains auteurs²³² que les deux notions ne se confondent

²²⁵ L'entreprise n'étant pas sujet de droit, le « droit des entreprises en difficultés » doit s'intéresser soit à la personne physique, soit à la personne morale qui fait vivre l'entreprise, c'est-à-dire la société. Diverses atteintes au droit des sociétés sont constatées du fait de l'application de certaines règles du droit des procédures collectives, et particulièrement, à l'ouverture de la procédure collective et pendant la période d'observation. C'est précisément à ce moment que l'on tente de reconstituer le patrimoine social et que les créanciers tentent de lutter contre les fautes et abus ayant nui à la solvabilité de la société. A cette étape, les créanciers sont en droit de douter de l'autonomie patrimoniale de la société défaillante, et de rechercher d'autres pistes de désintéressement, notamment auprès des associés.

²²⁶ V. *supra* n° 139.- pour un exemple de lien v. Cass. com., 28 mars 1995. J.C.P. éd. E. 1995, pan., 669.- CUTAJAR (C.) Art. préc.

²²⁷ Un détournement de la personne morale est sanctionné soit à la constitution soit en cours de fonctionnement. V. en ce sens SAINT-ALARY-HOUIN (C.) Art. préc., n° 18.

²²⁸ Monsieur Freyria (art. préc.) remarque que les besoins de transparence dans les relations d'affaires font souvent céder l'écran factice d'une personnalité morale de complaisance pour rechercher les véritables acteurs économiques et engager leur responsabilité.

²²⁹ BARBIERI (J.-F.) Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés, Petites Affiches 25 octobre 1996, n° 129, p. 10. La fictivité d'une personne morale est un cas d'extension de procédure : il y a unicité de procédure et alignement des droits des créanciers sur la masse commune des deux procédures. V. Cass. com., 24 octobre 1995. Rev. proc. coll. 1996, p. 206.

²³⁰ Voir notamment : GISSEROT (F.) La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de la faillite ? R.T.D. com. 1979, p. 49.- SOINNE (B.) Identité ou diversité des notions de fictivité et confusion des patrimoines. Petites Affiches 6 décembre 1995, p. 12.

²³¹ Cass. com., 3 février 1998. Bull. Joly 1998, § 219, p. 654, note DAIGRE (J.-J.),

²³² BARBIERI (J.-F.) Art. préc., p. 9.- VAILLANT (B.) Les cas de figure de confusion des patrimoines au regard des procédures collectives. D. affaires 1999, p. 154.- La majorité des auteurs considèrent que la confusion des

pas. Il convient de distinguer ces deux voies. La fictivité intéresse un vice de constitution de la société, tandis que la confusion de patrimoine révèle un vice de son fonctionnement. En cela, on doit pouvoir déterminer des critères propres à la confusion des patrimoines (a) avant d'en examiner les conséquences (b).

a) *Les critères de la confusion des patrimoines*

193- La définition de critères de la confusion des patrimoines a sensiblement évolué. Traditionnellement, on considérait qu'elle impliquait un enchevêtrement des éléments d'actifs et de passifs des deux patrimoines tel qu'il devenait impossible de savoir ce qui dépendait de l'un ou de l'autre²³³. Il était fait allusion à une imbrication qu'un professionnel de la comptabilité ne pourrait départager²³⁴. L'imbrication des patrimoines participe de l'idée que le constituant de la société, qui est acteur de cette confusion, a créé la société à cet effet. Or une telle société, dépourvue d'*affectio societatis*²³⁵ est fictive²³⁶. Cette définition des critères pouvait favoriser l'*imbroglio* opéré entre les deux notions.

194- Une nouvelle définition plus souple a été dégagée par la jurisprudence. Il faut désormais constater l'*existence de flux anormaux entre deux patrimoines*²³⁷. Cette définition est plus large et laisse au juge un pouvoir d'appréciation dilaté. Il souligne toutefois bien la

patrimoines ne porte pas atteinte à la différenciation des personnes juridiques. En revanche, la preuve de la fictivité détruit la différenciation (en ce sens : DAIGRE (J.-J.) obs. sous Cass. com., 1^{er} octobre 1997. Bull. Joly 1997, § 392, p. 1087.)

²³³ Cass. com., 12 octobre 1993. Rev. sociétés 1994, p. 326, note SAINTOURENS (B).

²³⁴ Cette imbrication des éléments actifs et passifs des sociétés ne doit pas être confondue avec l'imbrication de leurs intérêts, laquelle est insuffisante à caractériser la confusion des patrimoines. Sont encore inaptes à cet effet, l'unicité d'associés, l'identité de dirigeant, ou de sièges sociaux, les collaborations contractuelles hasardeuses ou l'unicité d'intérêts résultant de l'interdépendance des engagements financiers des deux sociétés, la participation réciproque des sociétés dans le capital de l'autre, des activités complémentaires ou objets sociaux identiques. Voir obs. DIAS-BIDAULT (M.-O.) sous Cass. com., 6 juillet 1999. J.C.P. éd. E. 2000, jp, p. 545.

²³⁵ L'utilisation de la technique sociétaire n'est pas réelle, elle n'est que formelle.

²³⁶ SOINNE (B.) Art. préc., et *Traité des procédures collectives*. Litec, 1995.

²³⁷ CALENDINI (J.-P.) *Chronique des procédures collectives : conditions d'ouvertures*. Rev. proc. coll. 1997-2, p. 159 et jurisprudence citée.- VAILLANT (B.) Art. préc., p. 156.- Cass. com., 3 février 1998. Bull. Joly 1998, § 219, p. 654 obs. DAIGRE (J.-J.)- Retenant également une conception stricte de la confusion des patrimoines : Cass. com., 10 décembre 2002. Rev. sociétés 2003, p. 151 et s., note GUYON (Y.)- V. toutefois, *Contra* : Cass. com., 26 mai 1998. Defrénois 1998, art. 36889, obs. HOVASSE (H.), la notion d'interdépendance totale des sociétés est retenue. Et encore : Cass. com., 16 février 1999. Bull. Joly 1999, § 112, p. 535 : Dès lors qu'une S.C.I. n'a produit aucun document comptable, la Cour d'appel a pu en déduire qu'elle ne disposait d'aucune comptabilité séparée de la S.A.R.L. et que la confusion entre les deux patrimoines justifiant l'extension de la procédure devait être retenue.

spécificité de la confusion des patrimoines par rapport à la fictivité²³⁸. Le principe de la confusion des patrimoines est qu'il existe bien deux patrimoines distincts. Ces patrimoines sont indifféremment ceux de personnes morales ou personnes physiques. Il est certain qu'elle se constate fréquemment dans le cadre de groupes de sociétés²³⁹. Ainsi la confusion des patrimoines peut même se constater entre deux personnes physiques²⁴⁰. Ce critère dégagé par la Cour de cassation est un critère économique voire comptable dont on peut penser qu'il est plus objectif qu'un autre critère²⁴¹. Il suffira de constater les mouvements de fonds anormaux²⁴² pour appliquer la sanction adéquate dans le cadre de la procédure collective. Il sécurise ainsi certains montages et permet l'affinement de la jurisprudence²⁴³.

b) *Les conséquences de la confusion des patrimoines*

195- Le constat d'une confusion des patrimoines est assorti d'une sanction qui consiste en l'extension de la procédure à la personne jusqu'alors non recherchée²⁴⁴. Une procédure unique est ouverte. Il est possible de s'étonner d'une telle décision au cas de confusion des patrimoines, laquelle postule l'existence de deux personnes distinctes. La Cour de cassation dans un arrêt du 17 février 1998²⁴⁵ a néanmoins affirmé un tel principe, reprenant ainsi la solution retenue en 1995²⁴⁶. Doit-on pour autant considérer que la Cour de cassation attache à

²³⁸ La fictivité suppose que la société n'ait pas pu prendre naissance et qu'elle n'ait pas de patrimoine autonome. Un flux anormal ne peut pas se constater sans l'existence de deux patrimoines.

²³⁹ DELEBECQUE (Ph.) Groupes de sociétés et procédures collectives : confusion de patrimoine et responsabilité des membres du groupe. Rev. proc. coll. 1998-2, p. 129.

²⁴⁰ PETEL (Ph.) Procédures collectives. Dalloz, 1996, n° 90.- Cass. com. 15 février 2000. Bull. Joly 2000, § 137, p. 611, note DOM (J.-Ph.) à propos d'une confusion des patrimoines entre deux époux séparés de biens.- V. également VAILLANT (B.) Art. préc., p. 157.

²⁴¹ TRICOT (D.) La confusion des patrimoines et les procédures collectives. Rapport de la Cour de cassation 1997, p. 165.

²⁴² Cass. com., 1^{er} octobre 1997. Bull. Joly 1997, § 393, p. 1089, note DAIGRE (J.-J.) Mouvements de fonds anormaux entre S.C.I. et S.A.R.L.

²⁴³ Cass. com., 11 juin 1996. Bull. Joly 1996, § 347, p. 954 et GARCON (J.-P.) La séparation de l'actif immobilier et de l'actif commercial par superposition de deux sociétés civile et commerciale et la confusion des patrimoines. Bull. Joly 1996, § 327, p. 901. L'auteur appelait de ses vœux un critère d'appréciation de la confusion des patrimoines plus ferme.

²⁴⁴ Cette sanction vaut d'ailleurs tant en cas de fictivité qu'en cas de confusion des patrimoines. V. GISSEROT (F.) La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de faillite ? R.T.D. civ. 1997, p. 49.

²⁴⁵ Cass. com., 17 février 1998. Bull. Joly 1998, § 21, p. 658, note PETEL (Ph.) ; D. Affaires 1998, p. 426, obs. A.L., Petites Affiches 12 juin 1998 p. 22 obs. SOINNE (B.)- Cass. com., 23 juin 1998. D. Affaires 1998, p. 1364.- v. encore plus récemment : Cass. com. 28 mai 2002 Dr. sociétés janvier 2003, comm. 7, p. 23, obs. LEGROS (J.-P.)- Cass. com., 7 janvier 2003, J.C.P. éd. E. 2003, chron. 760, p. 849, n° 4, obs. CABRILLAC (M.) et PETEL (Ph.)- Bull. Joly 2003, § 78 à 80 (3 espèces), p. 402 et s., note LUCAS (F.-X.) Ces arrêts confirment la solution unique malgré des personnalités juridiques distinctes.

²⁴⁶ Cass. com., 9 mai 1995. D. 1996, p. 322, note LOISEAU (G.) ; J.C.P. 1995 éd. G., II, 22448, rapport REMERY (J.-P.).

la confusion des patrimoines l'effet de la disparition de la personnalité juridique des personnes concernées ? La confusion des patrimoines a-t-elle pour effet la remise en question de la personnalité juridique des sociétés²⁴⁷ ? Les auteurs ont des avis très différents. Pour certains, les personnalités juridiques distinctes n'en forment plus qu'une parce qu'elles ont imbriqué leurs biens²⁴⁸. Elles doivent être soumises à une seule procédure et recevoir de plus une solution unique²⁴⁹. D'autres au contraire estiment qu'on ne peut déduire de l'unité de procédure la disparition des personnalités juridiques. Il n'y a pas fusion, et les deux sociétés peuvent se voir adopter deux plans différents²⁵⁰.

196- La Cour de cassation n'a pas tranché expressément, même si elle a adopté une solution unique²⁵¹. Les termes employés par la Cour de cassation pour arriver à une telle solution ne supposent pas la disparition de la personnalité morale. La Cour note que les sociétés dont les patrimoines sont confondus ne forment plus qu'une seule entité « réunissant tous les actifs et tous les passifs ». Cela ne veut pas dire que cette entité a la personnalité morale, ni que les deux sociétés en cause perdent leur personnalité morale²⁵². En revanche leur autonomie patrimoniale est bien remise en question. Il est possible d'interpréter cet arrêt comme un élargissement des cas d'ouverture d'une procédure collective à une entité. L'esprit de la loi du 25 janvier 1985 est de concevoir une procédure pour *l'entreprise*, laquelle se définit traditionnellement comme « un ensemble de moyens techniques, financiers, humains, réunis et organisés en vue de l'exercice d'une activité économique, c'est à dire d'une activité de création et de mise sur le marché de valeur ajoutée »²⁵³. Cette définition illustre parfaitement la diversité des éléments composants une entreprise. Pourtant elle est bien considérée généralement comme un entité économique, une abstraction qui correspond à une réalité. Les symptômes révélateurs de la réalité de l'entreprise sont les flux anormaux qui remettent en cause la réalité de l'autonomie patrimoniale de chaque société destinée à l'origine à organiser

²⁴⁷ Dans ce cas précis, l'hypothèse de la confusion des patrimoines est constatée entre deux sociétés. Ce cas est fréquent et intéresse particulièrement les groupes de sociétés.

²⁴⁸ SAINT-ALARY-HOUIN (C.) Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire, unité ou dualisme. D. 1998, p. 458, n° 9.

²⁴⁹ SOINNE (B.) *Op. cit.*, n° 525.

²⁵⁰ GODE (P.), SORTAIS (J.-P.) et DERRIDA (F.) *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*. Dalloz, 1997, n° 585 *in fine*.

²⁵¹ Dans son rapport, Monsieur Tricot souligne toutefois que la fusion ne se réalise que lors de l'arrêt du plan de redressement ce qui laisse sous entendre que les personnalités juridiques survivraient jusque là. On est face à une solution hybride peu orthodoxe. Voir Cass. com., 26 mai 1999. D. affaires 1999, p. 994.

²⁵² V. sur la volonté de la Cour de cassation de ne pas faire disparaître si facilement la personnalité morale des sociétés, v. encore : Cass. com., 26 mai 1999. D. Affaires 1999, p. 994, obs. A.L. ; Cass. com., 18 janvier 2000 et Cass. com., 1^{er} février 2000. Defrénois 2000, n° 37153, obs. HOVASSE (H.)

²⁵³ Définition du Doyen PERCEROU cité par LE NABASQUE (H.), BOUSSIER (F.) et RICHEN (F.) *La transmission de l'entreprise familiale*. Dalloz, 1992, p. 8.

chacune une entreprise distincte. L'emploi de la technique sociétaire est donc remis en cause à un double niveau : non seulement il n'y a pas organisation d'entreprises puisqu'en fait les deux sociétés ne forment qu'une seule entreprise, mais encore il n'y a pas organisation de patrimoine, puisque l'autonomie patrimoniale est bafouée par les flux financiers anormaux. La Cour ne fait que rétablir la réalité mise à jour par un dysfonctionnement : il s'agit, non pas d'une seule personne morale²⁵⁴, mais d'une seule et même entreprise²⁵⁵. S'agissant de procédure collective visant en premier lieu le redressement des entreprises en difficultés, il est justifiable de s'intéresser à la réalité économique au delà de la réalité juridique instaurée par la technique sociétaire²⁵⁶.

197- Si l'intention de la jurisprudence n'est pas de remettre en cause la personnalité morale des sociétés dont les patrimoines sont confondus²⁵⁷, l'issue de la procédure sera de les nier²⁵⁸. En effet, l'extension de la procédure conduit à un plan, une solution juridique unique pour les deux sociétés. Ceci est logique puisque la confusion des patrimoines conduit au constat de l'existence d'une entreprise unique et qu'une procédure collective vise à sauver une entreprise par l'adoption d'un plan de cession ou d'un plan de continuation. Cette solution est donc non seulement favorable aux créanciers mais encore conduit à un remaniement des techniques juridiques employées pour structurer l'entreprise. Ce remaniement passe par la disparition d'une des deux sociétés en cause mais uniquement à l'occasion de l'adoption du plan. La structure juridique disparaît, mais pas l'activité, laquelle est attachée à l'entreprise objet du plan²⁵⁹.

²⁵⁴ La seule constatation de flux financiers anormaux ne révèle pas l'unité de patrimoine, laquelle postulerait, par application de la théorie classique d'Aubry et Rau une personne unique. La Cour de cassation ne constate d'ailleurs jamais cette unité de patrimoine, mais une confusion des patrimoines. La constatation des flux financiers anormaux révèle l'unité d'entreprise. *Contra* : HAREL (S.) *Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives*. Mémoire D.J.C.E. Rennes, 1999, p. 32. L'auteur part du postulat qu'une société n'est rien d'autre qu'une structure d'entreprise. Pour lui, il existe au départ deux entreprises distinctes.

²⁵⁵ En ce sens, v. les termes de Cass. com., 28 mars 1995. D. 1995, I.R., p. 268 ; R.J.D.A. 8-9/1995, n° 1031. Est caractérisée une confusion des patrimoines « lorsqu'il existe des mouvements de fonds anormaux entre les deux personnes morales, qui ayant le même dirigeant, forment en réalité, une seule entreprise. »

²⁵⁶ Un tel raisonnement peut avoir de lourdes incidences dans les groupes de sociétés, lesquels traversent parfois des phases de désorganisation (cession d'actifs, pertes de contrôle, négligence dans la rigueur comptable) qui peuvent s'avérer dangereux. V. en ce sens GODE (P.) La pratique des affaires dans le cadre d'un groupe de sociétés. Petites Affiches 19 novembre 1997, n° 139, numéro spécial pratique des affaires et contrôle judiciaire, p. 13.

²⁵⁷ Jusqu'au plan, l'action en paiement de la fraction non libérée du capital social peut être dirigée par le liquidateur contre les actionnaires. C'est donc bien que les sociétés conservent leur personnalité juridique.

²⁵⁸ Ainsi, il est possible de montrer un « grand scepticisme sur l'efficacité de la personne morale » : GOUBEAUX (G.) Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens. In *Etudes dédiées à René Roblot, aspects actuels du droit commercial français*. L.G.D.J., 1984, p. 199 et s., n° 15.

²⁵⁹ *Contra* : HAREL (S.) *Op. cit.*, p. 33.

198- Si l'autonomie patrimoniale des sociétés est mise à mal dans le cadre des procédures collectives, c'est bien sûr pour l'intérêt des créanciers, mais également pour rétablir la réalité de l'entreprise, principal objectif de la loi du 25 janvier 1985. La cause en est toujours un dévoiement de l'utilisation de la technique sociétaire par les associés, lesquels méconnaissent le fonctionnement normal de la société et ne savent pas profiter de ses vertus protectrices. Le droit des procédures collectives ne fait que sanctionner une utilisation erronée, abusive voire fautive du droit des sociétés²⁶⁰. Il ne méconnaît pas la société en tant que technique d'organisation du patrimoine. Au contraire, il sanctionne les pratiques, les confusions qui ne se conforment pas à cette organisation des patrimoines. Seule la méconnaissance du fonctionnement de la technique sera sanctionnée. A cet égard, les groupes de sociétés offrent un bel exemple des difficultés de gestion qui peuvent entraîner des confusions des patrimoines²⁶¹.

Une autre hypothèse mettant en échec l'utilisation de la technique sociétaire pour protéger les patrimoines intéresse les cas de dirigeants fautifs.

2 - La faute des dirigeants

199- Les dirigeants exercent des fonctions dangereuses et sont traditionnellement particulièrement exposés. Ils le sont d'autant plus que la société rencontre des difficultés. Le dirigeant double quasiment toujours sa fonction de la qualité d'associé. Le montage sociétaire²⁶² lui permet d'être maître de l'affaire, tout en protégeant son patrimoine personnel. Encore faut-il qu'il ne soit pas à l'origine des fautes de gestion, *lato sensu*, qui précipiteront la société en procédure collective. Dans ces cas, la bienveillance de la loi du 25 janvier 1985 s'efface pour faire resurgir la morale²⁶³. Le dirigeant-associé encourt des sanctions

²⁶⁰ Elle est l'occasion de faire voler en éclat les montages juridiques artificiels. V. en ce sens : GOUBEUX (G.) Art. préc., n° 11.

²⁶¹ En ce sens v. GODE (P.) Art. préc., mais également HOVASSE (H.) et CONTIN (R.) L'autonomie patrimoniale des sociétés, D. 1971, chron., p. 199, qui rappellent combien il est parfois difficile pour un groupe de respecter le cloisonnement mis en place. C'est ainsi que l'on assiste aux insidieux glissements d'actif ou de passif d'une société à une autre. L'étanchéité du cloisonnement faisant défaut, la confusion des patrimoines est démontrée et le montage s'effondre. – HANNOUN (C.) *Le droit et les groupes de sociétés*. L.G.D.J., 1991, p. 246 et s.

²⁶² Particulièrement s'agissant des « petites sociétés ».

²⁶³ SAINT-ALARY-HOUIN (C.) Morale et faillite. In *La morale et le droit des affaires*. Montchrestien, 1996, p. 159.

patrimoniales²⁶⁴, qui le conduisent à devoir contribuer à l'insuffisance d'actif. Il peut subir une extension de procédure (a), ou devoir contribuer à l'insuffisance d'actif (b).

a) *L'extension de procédure*²⁶⁵

200- L'extension de procédure aux dirigeants est une sanction, qui n'a pas de caractère automatique. Elle suppose des manquements précis²⁶⁶. Les critères jurisprudentiels²⁶⁷ de l'extension sont la fictivité et, surtout, la confusion des patrimoines²⁶⁸. L'extension vise alors les personnes²⁶⁹ qui se sont comportées comme s'il n'y avait qu'un seul patrimoine. Le préjudice causé aux créanciers réside dans l'appauvrissement de leur débiteur et justifie la procédure.

201- Les différents cas recensés illustrent tous une méconnaissance profonde de l'autonomie patrimoniale de la société par le dirigeant²⁷⁰, lequel est sanctionné par là où il a péché. L'extension de procédure a pour effet, non seulement d'imposer au dirigeant de payer personnellement tout le passif, mais encore de le soumettre à toutes les conséquences du redressement judiciaire. Ayant nié l'isolement patrimonial opéré par la société, le dirigeant ne peut bénéficier de sa protection. Il est donc sanctionné pour ce qui constitue véritablement une faute.

²⁶⁴ RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Traité de droit commercial. Tome 2. Effets de commerce, banque et bourse, contrats commerciaux, procédures collectives.* Par DELEBECQUE (Ph.) et GERMAIN (M.), L.G.D.J., 2000, n° 3278 et s.

²⁶⁵ Elle peut également concerner, dans certaines sociétés, les associés tenus indéfiniment et solidairement au passif social. Il ne s'agit toutefois pas d'une sanction, car l'extension résulte de leur statut d'associé.

²⁶⁶ Ces manquements doivent être de surcroît antérieurs au jugement d'ouverture de la procédure collective. V. en ce sens, Cass. com., 28 novembre 2000, J.C.P. éd. N. 2001, pan., p.1717. L'hypothèse s'illustre traditionnellement par le cas du commanditaire qui s'est immiscé dans la gestion. Alors assimilé à un commandité, il sera indéfiniment et solidairement tenu au passif et, en cas de cessation de paiement, déclaré en redressement judiciaire. Les tribunaux disposent d'un pouvoir d'appréciation large à l'égard de la définition de l'immixtion de gestion.

²⁶⁷ Les juges montrent en la matière une grande flexibilité et notamment en ce qui concerne les règles de compétences territoriales. V. en ce sens : Cass. com., 4 janvier 2000, J.C.P. éd. N. 2000, pan., p.1206.

²⁶⁸ Dans le premier cas, en l'absence de toute existence de la société, une procédure unique à l'encontre du dirigeant, maître de l'affaire s'explique facilement. En revanche, en cas de confusion de patrimoines, le choix de l'extension parfaite de procédure au dirigeant se traduisant par une unité de procédure revient à nier la personnalité autonome de la société et du dirigeant, ce qui est discutable. Le débat se fait dans les mêmes termes que *supra* n° 195 et s.

²⁶⁹ Dirigeants ou associés.

²⁷⁰ GUYON (Y.) *Droit des affaires. Tome 2. Entreprises en difficultés.* Economica, 1997, n° 1402, p. 441.

b) *La contribution au paiement du passif*

202- En cas de procédure collective, les créanciers disposent, *d'abord*, à l'encontre du dirigeant de l'*action en comblement de passif* prévue à l'article L. 624-3 du Code de commerce. En cas d'insuffisance d'actifs, le dirigeant sera invité à assurer, sur son patrimoine personnel, le règlement des créances : il doit supporter les dettes de la personne morale. Le fondement d'une telle action est la faute de gestion commise par ce dirigeant. Cette faute est à l'origine des difficultés de l'entreprise et du non règlement des créanciers. La recevabilité de l'action est donc soumise à l'appréciation par le juge du comportement du dirigeant, anormal eu égard à l'activité économique.

203- La définition de la faute de gestion est complexe²⁷¹, elle suppose, non seulement un acte de gestion, mais encore une violation du principe général de loyauté incombant au dirigeant ou la commission d'une imprudence, négligence ou abstention. Un rapide panorama des fautes de gestion révèle que les conséquences de ces actes doivent nécessairement être préjudiciables pour l'entreprise. Ainsi en est-il du versement d'une rémunération sans contrepartie réelle²⁷², de l'achat d'un stock et d'une revente à perte²⁷³, de la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire²⁷⁴, du défaut de déclaration de cessation de paiement dans le délai légal qui, comme la faute précédente, contribue à aggraver le passif. C'est le cas, encore, de la passivité du dirigeant²⁷⁵, de l'embauche de personnel et d'investissements en vue de la signature incertaine de contrats. L'action en comblement de passif peut être consécutive à un abus de biens sociaux²⁷⁶. Ces faits ne constituent pas nécessairement une négation, par l'associé dirigeant, de l'écran social contrairement aux flux anormaux de la confusion des patrimoines.

²⁷¹ Pour un panorama, v. BOURRIE-QUENILLET (M.) La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif (pratique judiciaire.) J.C.P. 1998, I, 112.

²⁷² Cass. com., 23 novembre 1999, bull. Joly 2000, § 76, p. 379. Cette faute peut être également poursuivie pénalement.

²⁷³ ROUEN, 11 septembre 1997, J.C.P. éd. E. 1998, 1574.

²⁷⁴ Parmi les nombreux arrêts concernant cette faute de gestion, v. notamment Cass. com. 31 mars 1998. R.J.D.A. 1998, n° 548.

²⁷⁵ Cass. com., 23 juin 1998. R.J.D.A. 1998, n° 1393. Il s'agit d'une décision particulièrement sévère qui concerne un étudiant, dirigeant « prête-nom ». - V. encore Cass. com., 28 mars 2000. Bull. Joly 2000, §134, p. 604 pour un gérant laissant l'ancien gérant assurer ses fonctions de manière désastreuse. Les décisions sévères s'expliquent également par le fait que la condamnation du dirigeant n'est pas liée à l'insuffisance d'actif purement causée. V. en ce sens. Cass. com., 3 janvier 1995. Bull. Joly 1995, § 84, p. 266, note COURET (A.) ; Cass. com., 17 février 1998 et 3 février 1998. D. Affaires 1998, p. 475, note A. L.

²⁷⁶ Cass. com., 29 février 2000. Bull. Joly 2000, § 131, p. 597.

204- Un arrêt récent est venu préciser la part de passif que le dirigeant condamné doit combler²⁷⁷. Seules les dettes de la personne morale dont il était dirigeant sont concernées²⁷⁸. En cas de confusion des patrimoines, le dirigeant n'a pas à combler les dettes de l'autre personne morale. Cet arrêt confirme que l'action en comblement de passif n'emporte pas effacement de la personnalité morale. L'associé dirigeant est poursuivi au-delà de l'écran social en raison de ses fautes de gestion. La personnalité morale doit survivre pour les besoins de la liquidation²⁷⁹.

205- Ensuite, les dirigeants peuvent encourir l'ouverture d'une procédure collective personnelle sur le fondement de l'article L 624-5 du Code de commerce²⁸⁰. Ce texte énumère les différentes fautes qui peuvent être relevées. Les sept cas illustrent la méconnaissance de la personne morale et l'irrespect de son intérêt propre. Certains faits portent même directement atteinte à son patrimoine et constituent une négation par le dirigeant de l'autonomie patrimoniale de la société²⁸¹. L'intention répressive du législateur est manifeste.

La sanction patrimoniale des associés d'une société *in bonis* trouve également son fondement dans les fautes qu'ils commettent, ce qui justifie que leur patrimoine ne bénéficie pas d'une protection par la technique sociétaire.

B – La sanction patrimoniale des associés d'une société *in bonis*

206- La responsabilité lorsqu'elle est liée au droit des affaires et particulièrement à l'exercice d'une activité, pourrait se reconnaître dans la théorie du risque-profit²⁸². Le risque fait en effet partie de la nature de toute entreprise. L'idée de faute n'est pas l'unique

²⁷⁷ Cass. com., 23 mai 2000. D. 2000, A.J., p. 300, obs. LIENHARD (A.)

²⁷⁸ L'arrêt se fonde en ce sens sur la lettre de l'article L 624-3 du Code de commerce.

²⁷⁹ Ce qui est fréquemment rappelé conformément à la lettre de l'art. 1844-8 al. 3 du Code civil par la Cour de cassation, v. dernièrement, Cass. com. 14 mars 2000. Act. P.C. 2000, n° 100.

²⁸⁰ L'art. L 624-4 C. com. vise un autre cas d'ouverture de procédure personnelle : celui où une partie des dettes a été mise à la charge du dirigeant, qui ne s'en acquitte pas.

²⁸¹ V. notamment les alinéas 1 et 6.

²⁸² BACH (L.) Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français, R.T.D. civ. 1977, p. 17 et s., spécialement concernant le risque-profit n° 131.

fondement de la responsabilité en droit des affaires²⁸³. Si le risque encouru est pris en compte²⁸⁴, la règle reste qu'il convient d'assumer ses responsabilités, même si l'obligation au passif n'est plus considérée comme la réparation d'une faute, mais comme la contrepartie de la prise de risque. C'est le corrélatif de la grande liberté accordée dans le monde des affaires²⁸⁵.

207- Lorsque l'obligation au passif ne suffit pas, la référence à la faute reste vivace en droit des affaires²⁸⁶. Toute personne physique ou morale qui recherche la limitation de sa responsabilité sera toujours rattrapée en cas de fautes soit par la responsabilité civile, soit par la responsabilité pénale²⁸⁷. A cet égard, l'associé personne morale n'est d'ailleurs pas plus à l'abri que l'associé personne physique. La capacité de nuisance des sociétés impose de vigoureuses actions que la jurisprudence a très vite reconnues²⁸⁸. Ainsi n'y a-t-il pas lieu de distinguer entre associé personne physique ou associé personne morale.

A l'égard des créanciers cherchant à faire tomber l'écran social, la sanction des associés est fortement atténuée dès lors que la société elle-même reste responsable tant civilement que pénalement. L'écran protecteur subsiste, même si la sanction qui porte alors sur la société a des incidences indirectes sur la situation patrimoniale des associés. L'autonomie patrimoniale subsiste et la société joue pleinement son rôle tampon (1). En revanche, lorsque la faute civile ou pénale incombe aux associés, la technique sociétaire n'est plus d'aucun secours et leur patrimoine est directement mis en cause (2).

²⁸³ POLLAUD-DULIAN (F.) De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires, R.T.D. com. 1997, p. 349. L'auteur soutient que la faute tient une place prépondérante en droit des affaires, car elle renvoie aux concepts de liberté, loyauté et égalité.

²⁸⁴ Le risque fait partie intégrante de la nature de toute activité. V. POLLAUD-DULIAN (F.) Art. préc., p. 379. Cette évolution des mentalités contemporaines se reflète notamment dans l'orientation prise par le droit des procédures collectives. L'entrepreneur n'est plus puni pour sa mauvaise gestion. Le Code de commerce de 1807 poursuivait une fonction de sanction et d'élimination du commerçant en faillite. La même sévérité pour le dirigeant se retrouvait dans les textes ultérieurs. La loi du 13 juillet 1967 amorça une reconnaissance des difficultés de l'entreprise et une dissociation du sort de l'homme et de l'entreprise (BRUNET (A.) De la distinction de l'homme et de l'entreprise, In *Etudes dédiées à René Roblot : aspects actuels du droit commercial français*, L.G.D.J., 1984, p. 469.) Cette orientation aboutit véritablement en 1985 avec une dédramatisation du comportement du chef d'entreprise. Cette même minimisation se retrouve dans les lois sur le surendettement des particuliers (Art. L 332-1 s. du Code de la Consommation).

²⁸⁵ POLLAUD-DULIAN (F.) Art. préc., p. 379.

²⁸⁶ V. *supra* n° 183.

²⁸⁷ PETIT (F.) Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales, D. Affaires 1998, p. 826.

²⁸⁸ COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op.cit.*, n° 330.

1 - La sanction des associés atténuée par la responsabilité de la société

208- La mise en cause de la responsabilité de la société aux lieu et place de l'associé allège sa situation. C'est l'ancrage moral et social de la personne morale qui justifie que sa responsabilité puisse être engagée²⁸⁹. L'affectation patrimoniale procède à un transfert de risques. La sanction d'une responsabilité civile (a) de la société reste moins dangereuse pour les associés que la sanction d'une responsabilité pénale (b), qui peut parfois entraîner sa dissolution.

a) *La responsabilité civile de la société*

209- La victime des agissements d'une société est fondée à demander réparation de son préjudice sur le terrain de la responsabilité contractuelle ou délictuelle. Ainsi, par exemple, au cas de mauvaise exécution d'un contrat passé avec la société²⁹⁰, la victime pourra demander un dédommagement, lequel devra être payé sur le patrimoine social. Le fait doit néanmoins être accompli par le dirigeant, « ès qualités »²⁹¹. Si ce dernier agit en dehors de ses fonctions, il encourt une responsabilité personnelle²⁹².

210- Les dommages-intérêts versés peuvent s'avérer très lourds et mettre en péril le patrimoine social. L'écran sociétaire fait son œuvre et les associés ne sont recherchés que dans l'hypothèse de difficultés de paiement de la société²⁹³. Les associés qui seraient amenés à payer les dommages-intérêts ne le seraient pas à titre principal : ils ne sont pas responsables personnellement, mais parce qu'ils sont obligés aux dettes sociales dans des limites plus ou moins larges. Le cas de la responsabilité n'appelle donc pas de remarques particulières quant à la limitation de la protection du patrimoine qu'elle entraîne. La solution est la même que

²⁸⁹ PETIT (F.) Art. préc.

²⁹⁰ Sur les faits susceptibles d'engager la responsabilité de la personne morale, v. VINEY (G.) et JOURDAIN (P.) *Les conditions de la responsabilité*. *Op. cit.*, n° 852 et 852-1.

²⁹¹ Non seulement pris en sa fonction d'organe de la société, mais encore agissant dans le cadre de ses pouvoirs statutaires.

²⁹² V. *infra* n° 224. Sur le problème de la faute détachable des fonctions, v. VINEY (G.) et JOURDAIN (P.) *Les conditions de la responsabilité*. *Op. cit.*, n° 853 et s.- WESTER-OUISSÉ (V.) Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société détachable de ses fonctions. D. affaires 1999, p. 782.- Cass. com., 9 mai 2001. Dr. et patrimoine, janvier 2002, p. 98, obs. PORACCHIA (D.) ; Cass. com., 20 mai 2003. Defrénois 2003, art. 37801, note MALEVILLE-COSTEDOAT (M.-H.) ; Bull. Joly 2003, § 167, p. 786, note LE NABASQUE (H.)

²⁹³ COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 331.- VINEY (G.) et JOURDAIN (P.) *Les conditions de la responsabilité*. *Op. cit.*, n° 848 et s.

pour n'importe quel autre engagement de la société. Il n'y a pas à proprement parler de sanction des associés dans cette hypothèse. Seule la société est responsable.

211- Des répercussions de cette responsabilité de la société peuvent néanmoins s'observer sur le patrimoine des associés. La sanction patrimoniale des associés n'est qu'indirecte. Le dédommagement versé peut, dans un premier temps, diminuer les dividendes versés. La valeur des titres sociaux peut, dans un second temps, chuter, faisant disparaître tout espoir de plus-value en cas de cession. Dans la pire des hypothèses, en cas de dissolution de la société et liquidation, ils ne retrouveraient même pas l'équivalent de leur apport.

La responsabilité de la société peut également relever du droit pénal. Depuis peu, la loi affirme un principe de responsabilité pénale de la personne morale.

b) La responsabilité pénale des sociétés

212- La difficulté d'imputer à une personne morale une volonté délictueuse et de lui infliger une peine d'emprisonnement a été dépassée lors de la mise en application en 1993 du nouveau Code pénal. Cette adaptation était nécessaire compte tenu de la puissance et de l'importance numérique des personnes morales²⁹⁴. L'article 121-2 du nouveau Code pénal pose le principe de cette responsabilité. Toute personne morale peut être condamnée à l'exception de l'État et certaines collectivités. Une société dûment immatriculée pourra être poursuivie, pour toutes les infractions visées par la loi ou les règlements²⁹⁵. Elle le sera «prise en la personne de son représentant légal à l'époque des poursuites»²⁹⁶. Les sanctions encourues peuvent s'avérer très lourdes. Il s'agit généralement d'une amende et la surface financière plus large qu'offre une personne morale permet de quintupler celle pesant sur les personnes physiques²⁹⁷. La sanction pourra parfois consister en l'interdiction d'exercer une activité professionnelle, avec de probables répercussions sur la gestion de la société. Enfin,

²⁹⁴ Il semblait illogique de voir certaines grandes organisations bénéficier d'une immunité pénale totale, alors que leurs dirigeants ou préposés étaient lourdement condamnés.

²⁹⁵ Il s'agit d'infractions contre les biens, les personnes ou la nation comme par exemple les pollutions atmosphériques, la fabrication de produits dangereux, mais également des escroqueries, le blanchiment d'argent. Sur ce dernier point, v. BELGODERE (B.) et SUSSET (E.) Le blanchiment de l'argent de la drogue. In *La drogue*. R.J.O., n° spécial 1998, p. 169 et s., et spécialement p. 178 concernant les techniques sociétaires de blanchiment. V. également : CUTAJAR-RIVIERE (C.) *La société-écran*. *Op. cit.*

²⁹⁶ Art. 706-46 du Code de procédure pénale.

²⁹⁷ Art. 131-38 C. pén. pour les crimes et délits ; art. 131-41 C. pén. pour les contraventions.

dans les cas les plus graves, la dissolution de la société pourra être prononcée. A cette sanction pénale, s'ajoutent les dommages-intérêts que la société est susceptible de devoir verser, si le créancier s'est constitué partie civile à l'instance pénale. Il peut en effet estimer que l'infraction ou le délit lui a causé un préjudice dont il est en droit de demander réparation²⁹⁸.

213- Encore une fois, le patrimoine social peut se trouver insuffisant pour assumer le règlement de l'amende. Surtout, la dissolution de la société entraînera sa liquidation. Les associés ne peuvent impunément agir outre certaines règles sous le couvert d'une personne morale. Celle-ci sera sanctionnée lourdement. Par ricochet, leur patrimoine personnel, s'il n'est pas directement et immédiatement engagé, subira les conséquences de la sanction affectant le patrimoine social²⁹⁹. En outre, la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits³⁰⁰.

214- Il est toutefois indéniable que ces dispositions allègent le poids qui pesait jusqu'alors sur les acteurs de la vie sociale. Il s'est opéré un déplacement de responsabilité. Il est parfois trop artificiel. Si, en terme de dédommagement, le recours vers une personne morale dont la surface financière est plus large est appréciable, en terme d'ordre public, il est impossible d'ignorer que derrière la personne morale, se trouvent des associés qui initient une politique sociale, et en recueillent les fruits. Il serait dommage d'oublier de lever le voile social lorsque l'ordre public le nécessite réellement. L'actualité nous offre des exemples de dirigeants (qualifiés très médiatiquement de « patrons-voyous »³⁰¹) que la responsabilité pénale de la société ne protège pas³⁰².

²⁹⁸ HIDALGO (R.), SALOMON (G.) et MORVAN (P.) *Entreprise et responsabilité pénale*. L.G.D.J., 1994.- DALMASSO (T.) *La responsabilité pénale des personnes morales*, Ed. E.F.E., 1996.

²⁹⁹ La responsabilité pénale des dirigeants n'a pas disparu. Ils peuvent être responsables non seulement pour les infractions qu'ils commettent, mais aussi pour celles perpétrées par leurs préposés dès lors qu'elles se rattachent au fonctionnement de l'entreprise. V. sur les moyens possibles d'atténuation de cette responsabilité pénale : HANNOUN (C.) Peut-on éviter la responsabilité pénale des dirigeants ? Agora n° 35, juillet 2002, p. 23.

³⁰⁰ Art. 121-2, al. 3 C. pén.- V. par exemple, TOULOUSE, 26 novembre 1998. Petites Affiches 5 juillet 1999, note DUCOULOUX-FAVARD (Cl.)- *Adde* : OHL (D.) Recherche sur un dédoublement de la personnalité en droit pénal. In *Etudes offertes à B. Mercadal*. Ed. F. Lefebvre 2002, p. 373 et s.

³⁰¹ La polémique sur les « patrons voyous » est assez vivante. V. encore : art. Le Monde, 22 octobre 2003. DELBORGNE (M.) Metaleurop S.A. choisit le dépôt de bilan pour échapper à l'extension de liquidation de Metaleurop Nord.

³⁰² MAGNIEN (M.) Panorama des nouveaux risques d'attaque en matière pénale à l'encontre des dirigeants. Dr. et patrimoine, juin 2001, p. 26. - TANDEAU DE MARSAC (V.) Le principe de responsabilité pénale de

215- Les créanciers disposent de recours directs, civils ou pénaux contre la société. Il semblerait que la responsabilité des décideurs soit ainsi allégée. La loi Fauchon du 10 juillet 2000³⁰³ se situe dans le même esprit s'agissant des responsables politiques. L'affirmation doit être nuancée en droit des sociétés. La société subit directement les conséquences des fautes du dirigeant, et par ricochet les associés connaissent des répercussions défavorables. Ils ne sont pas désarmés face à une telle situation. Ils disposent toujours de recours contre le dirigeant. Les associés comme les créanciers disposent de recours contre le dirigeant, qui se voit personnellement engagé. La corrélation entre pouvoir et responsabilité se met à jour³⁰⁴.

2 - La sanction des associés aggravée par leur propre responsabilité

216- Alors même que l'utilisation de la technique sociétaire a pour objectif de protéger leur patrimoine, la faute des associés anéantit le montage protecteur. Leur responsabilité est engagée³⁰⁵, leur patrimoine personnel est offert au gage des créanciers. L'associé et, plus particulièrement encore, celui qui assume les fonctions de dirigeant est exposé en cas de mauvaise gestion³⁰⁶.

La responsabilité civile est une première possibilité de dédommagement pour le créancier (a). La réparation du préjudice peut parfois être recherchée à l'occasion d'une action pénale quand la gestion est de surcroît pénalement répréhensible (b).

personnes morales a-t-il amélioré la situation des dirigeants face au risque de mise en cause de leur responsabilité pénale ? Gaz. Pal. 2000, doct., p. 3.

³⁰³ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels. J.O. 11 juillet 2000, 10484.

³⁰⁴ V. sur ce point la connexion radicale qui sert de critère à la démonstration de S. SCHILLER (Thèse préc.)

³⁰⁵ V. sur la question générale de la responsabilité personnelle des associés : LAMOUR (M.-P.) La responsabilité personnelle des associés. D. 2003, cah. aff., chron., p. 51. Traditionnellement, leur responsabilité était engagée pour abus du droit de vote. L'auteur démontre qu'il y a un mouvement d'extension globale de leur responsabilité avec le cas de la révocation à tort du dirigeant.

³⁰⁶ Est exclue la gestion concernant la marche normale des affaires soumise à l'aléa des circonstances économiques et postulant une prise d'un risque minimal. La mauvaise gestion doit être directement la cause des difficultés de recouvrement que rencontrent les créanciers de la société. Elle est défailtante, dangereuse, voire illégale.- HADJI-ARTINIAN (S.) *La faute de gestion en droit des sociétés*. Litec, 2001.

a) *La responsabilité civile des associés*

217- Les associés, et *a fortiori* le dirigeant associé, peuvent être exceptionnellement tenus sur leur patrimoine personnel sur le fondement de la responsabilité civile. Cela suppose que soit établie contre l'associé une faute ayant un lien de cause à effet avec le préjudice dont la réparation est demandée. Deux exemples peuvent illustrer le propos : le cas du groupe de sociétés (α) et celui du dirigeant (β).

a – *L'exemple du groupe de sociétés*

218- Un premier exemple peut être puisé dans les espèces intéressant les groupes de sociétés³⁰⁷. Dans ces circonstances, le créancier peut chercher à mettre en cause un associé de la société, personne morale³⁰⁸ ou personne physique, parce qu'il est la cause de la défaillance de la société débitrice. La gestion du groupe de sociétés implique nécessairement des liens économiques et financiers entre les différentes sociétés du groupe³⁰⁹. Les mouvements financiers intra-groupe ont souvent pour but de collecter la trésorerie des sociétés excédentaires afin de la redistribuer au sein du groupe aux sociétés déficitaires³¹⁰. L'avantage indéniable de ce procédé est d'éviter de recourir à des emprunts coûteux hors groupe. Mais il se heurte aux règles du droit bancaire et du droit des sociétés³¹¹. Les liens économiques tissés entre sociétés d'un même groupe se traduisent parfois par des opérations de garanties, lesquelles sont valables dès lors qu'elles ne sont pas exclues de l'objet social de la société garante. Malgré ces liens, voire une subordination économique, les sociétés du groupe conservent leur indépendance juridique, leur autonomie patrimoniale, si bien qu'il est impossible pour un créancier d'une société de poursuivre les autres sociétés du groupe.

219- Cette solution peut choquer en équité³¹². C'est pourquoi le principe est souvent battu en brèche et une société d'un groupe peut être fréquemment appelée à assumer le règlement des dettes personnelles d'une autre société du groupe. Les fondements de telles décisions sont variables : il concernent tout à la fois des circonstances fautives des deux

³⁰⁷ La question n'est pas récente, v. SORTAIS (J.P.) A propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés. R.J. com. 1977, p. 85.

³⁰⁸ Société du groupe.

³⁰⁹ OHL (D.) *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*. Librairies techniques, 1982.

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ Sur ces points v. NURIT-PONTIER (L.) *Les groupes de sociétés*. Ellipses, 1998, p. 51 et s.

³¹² NURIT-PONTIER (L.) *Op. cit.*, p. 95.

sociétés du groupe, mais également des situations courantes plus ou moins souhaitées³¹³. La conséquence du recours sera toujours la remise en cause de l'autonomie patrimoniale des sociétés. L'article 1382 du Code civil peut servir de fondement à cette « obligation aux dettes »³¹⁴. Ainsi les créanciers rechercheront la responsabilité civile d'une société d'un groupe qui s'est ingérée dans les affaires de la société débitrice. Les créanciers victimes d'un préjudice devront démontrer une faute de cette société³¹⁵ ; soutien abusif d'une filiale³¹⁶, rupture abusive de crédit³¹⁷, octroi d'avantages sans contrepartie³¹⁸, faute de gestion, abus de position³¹⁹.

220- Le montage sociétaire établi en vue de protéger les patrimoines sociaux respectifs devient alors défaillant. La protection n'est plus efficace puisque des dommages et intérêts seront dus par la société fautive, réparation qu'elle assumera sur son patrimoine propre. Les objectifs visés par la structure du groupe de sociétés, c'est-à-dire l'éclatement en plusieurs sociétés satellites, ne sont pas atteints. L'indépendance des patrimoines sociaux est remise en question par la recherche d'une responsabilité d'une société du groupe.

221- Hormis ces cas jurisprudentiels, la responsabilité directe des associés est plus rarement recherchée que celle des dirigeants. Une faute ayant des incidences aussi lourdes sur les aptitudes de la société à assurer la bonne exécution de ses engagements suppose des pouvoirs conséquents qui sont, seuls, détenus par le dirigeant pour l'accomplissement de sa mission.

³¹³ Lorsqu'une société du groupe aura cautionné les engagements de l'autre par exemple, ou lorsque les créanciers pourront se prévaloir de l'apparence. V. sur cette question *infra* la réparation demandée ou négociée par les créanciers n° 241 et s.

³¹⁴ VIGNAL (N.) Art. préc. Toutefois, la société n'est pas obligée aux dettes *stricto sensu*. Elle doit seulement des dommages-intérêts sur le fondement de l'art. 1382 C. civ., équivalents au moins au montant de la dette impayée.

³¹⁵ Cette action, sans être spécifique aux cas de procédures collectives, peut être accomplie par le représentant des créanciers à l'encontre de celui qui a soutenu abusivement le débiteur. V. l'arrêt fondant la solution. Cass. com., 7 janvier 1976. D. 1976, p. 277, note DERRIDA (F.) et SORTAIS (J.-P.), confirmé sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 : Cass. com., 16 mars 1993. D. 1993, p. 583, note DERRIDA (F.) V. également sur le sujet, DELEBECQUE (P.) Art. préc.

³¹⁶ Le maintien artificiel de son concours, l'octroi de crédits de manière inconsidérée.

³¹⁷ La demande de restitution anticipée des sommes avancées alors même que les difficultés de la filiale sont connues.

³¹⁸ Comme l'achat de marchandises à des prix inférieurs au marché.

³¹⁹ En effectuant les actes contraires aux intérêts de sa filiale.

β – l'exemple du dirigeant-associé

222- La responsabilité civile des dirigeants³²⁰ est rarement invoquée par les créanciers lorsque la société est *in bonis*, car le plus souvent la société sera recherchée directement. En revanche, les créanciers s'intéressent aux dirigeants en cas de difficulté de la société, c'est-à-dire, dans le contexte des procédures collectives³²¹. En dehors de ce contexte, ce n'est qu'exceptionnellement que les dettes de la personne morale incombent au dirigeant³²².

223- Il ne faut pas, toutefois, minimiser ce qu'est la responsabilité d'un dirigeant de société, car il faut qu'il ait exécuté sa tâche correctement. L'article 1850 du Code civil dispose que « chaque gérant est responsable individuellement envers la société et envers les tiers soit des infractions aux lois et règlements, soit de la violation aux statuts, soit des fautes commises dans sa gestion ». Des dispositions analogues concernent les sociétés commerciales³²³. Le dirigeant reste responsable non seulement à l'égard de ses associés et des tiers mais également de la personne morale. Mais la mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant par les tiers reste délicate lorsque la société est *in bonis*, car le dirigeant est un organe social dont la responsabilité s'efface devant celle de la société.

224- Le patrimoine du dirigeant peut donc être sollicité non seulement directement par les créanciers, mais également par les associés et la société eux-mêmes³²⁴. La faute de gestion, mais également les infractions aux dispositions législatives et réglementaires relatives aux sociétés anonymes, ou les violations des statuts, permettent la mise en cause de la responsabilité du dirigeant soit par la société elle-même³²⁵, soit par les associés³²⁶, soit par les

³²⁰ V. d'un point de vue général : La responsabilité civile des dirigeants sociaux. Colloque du 16 décembre 2002 de l'Université René Descartes, faculté de droit, Rev. sociétés 2003, p. 195 et s.- DESCORPS-DECLERE (F.) Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux. R.T.D. com. 2003, p. 25 et s.

³²¹ Il existe un principe de non cumul de l'action en responsabilité civile et l'action en comblement de passif. v. DAIGRE (J.-J.) Une évolution jurisprudentielle bienvenue. Le non cumul de l'action en comblement de passif et des actions en responsabilité du droit commun. Bull. Joly 1995, § 346, p. 953. V. toutefois, pour l'hypothèse de cumul possible : Cass. com., 14 mars 2000. Bull. Joly 2000, § 132, p.602 : l'action en responsabilité des créanciers de l'art. 40 à l'encontre du dirigeant pour les fautes de gestion postérieure à l'ouverture de la procédure est recevable. Cass. com. 28 mars 2000, Bull. Joly 2000, § 135, p. 606, note DAIGRE (J.-J.) ; D. 2000, A.J., p. 225.

³²² VINEY (G.) et JOURDAIN (P.) *Les conditions de la responsabilité*. Op. cit., n° 858.

³²³ Art. L 225-251 C. com.

³²⁴ L'hypothèse est la suivante : une faute de gestion a entraîné de lourdes conséquences pour une société qui a dû assumer sur le patrimoine social le dédommagement de ses créanciers. La société dispose alors à son tour d'un recours contre le dirigeant.

³²⁵ Le préjudice est social, c'est la finalité de l'action sociale *ut universi*.

³²⁶ Le préjudice est social, l'action est dite alors *ut singuli*, car elle est intentée par les actionnaires agissant au nom et pour le compte de la société. L'hypothèse du préjudice individuel, pour laquelle l'action individuelle est

tiers, qui sont lésés par les conséquences des actes de gestion défaillants³²⁷. C'est à l'égard des tiers que la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu la jurisprudence la plus originale ces dernières années. La condition posée à la mise en cause de la responsabilité personnelle reste cependant qu'il ait commis une faute séparable de ses fonctions³²⁸. La jurisprudence fait en effet une distinction entre les fautes de service et les fautes personnelles³²⁹. Cette condition révèle la force classique de l'écran de la personne morale à l'égard du dirigeant. Seule une faute peut justifier la levée du voile social. L'atteinte à l'écran est alors significative, y compris dans les rapports sociétaux. Les dommages-intérêts versés au titre du préjudice subi par la société seront prélevés au profit de cette dernière, nonobstant l'écran, sur le patrimoine personnel du dirigeant. Sa faute de gestion lui enlève tout droit à la protection de son patrimoine personnel, lequel devra dédommager tantôt le tiers, tantôt le patrimoine social³³⁰.

225- Ce rapide aperçu des différentes possibilités d'atteindre civilement le patrimoine des associés illustre les limites de la protection assurée par la technique sociétaire. Il convient de la compléter par les cas de responsabilité pénale des associés.

b) *La responsabilité pénale des associés*

226- Le droit des sociétés connaît un mouvement de dépenalisation³³¹. En particulier, certaines dispositions des deux lois du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique et la sécurité

menée par l'actionnaire unique pour son compte, est plus rare. L'action revêt la forme de n'importe quelle action en responsabilité et intéresse seulement les patrimoines personnels du dirigeant et de l'associé, lesquels par définition sont autonomes. La technique sociétaire, en l'espèce, n'est que le contrat qui justifie le recours de l'associé. Le patrimoine de la société n'intéresse pas (du moins directement) les données du litige.

³²⁷ Le fondement de ces responsabilités se trouve aux art. L 223-22 et 225-251 C. com.

³²⁸ Cass. com., 22 janvier 1991. R.J.D.A. 2/1992, n° 152. V. encore Cass. com., 27 janvier 1998. Bull. IV, n° 48.- Cass. com., 28 avril 1998. Bull. IV, n° 139, lequel pose le principe de manière non équivoque dans un chapeau.- V. également sur ce thème l'étude de WESTER-OUISSE (V.) Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions. D. affaires 1999, p. 782.

³²⁹ Cass. com., 4 octobre 1988. Rev. sociétés 1989, p. 213, obs. VIANDIER (A.). COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 369 et 370.- V. encore : Cass. com., 20 mai 2003. J.C.P. éd. E. 2003, act. 169, p. 923.

³³⁰ La question s'est notamment posée de savoir si le dirigeant pouvait être tenu responsable de la dévalorisation des titres, résultant de la dépréciation du patrimoine social. La Cour de cassation considère qu'il ne s'agit pas d'un préjudice réparable. Cass. com., 1^{er} avril 1997. Bull. Joly 1997, § 248, p. 650, note BARBIERI (J.-F.) ; R.T.D. com. 1997, p. 647, obs. PETIT (B.) et REINHARD (Y.)- Cass. com., 18 juillet 1989. Defrénois 1990, art. 34788, p. 633, note HONORAT (J.)

³³¹ V. sur l'intérêt d'un tel mouvement, le souhait des praticiens et de la doctrine : BOULOC (B.) La place du droit pénal dans le droit des sociétés. Revue de science criminelle 2000, n° 1, p. 17.

financière ont pour ambition de substituer à des sanctions pénales des sanctions civiles ou injonctions de faire sous astreinte pesant sur le représentant légal de la société³³². Ce mouvement de simplification³³³ n'enlève rien à la vitalité actuelle de la question pénale en matière de sociétés.

En particulier, d'abondants cas d'abus de biens sociaux, intéressant tant les multinationales que les petites sociétés de famille, ont fait la une de la presse nationale. L'arsenal législatif des infractions et délits possibles en matière de sociétés ne se résume pas au seul abus de biens sociaux³³⁴. L'appareil répressif puise également dans le droit pénal commun³³⁵. Ainsi, est sanctionné lourdement le dirigeant qui abuse du crédit, du pouvoir ou des voix de la société. Dans tous les cas, il est admis que des créanciers puissent se constituer partie civile et obtenir réparation du préjudice qui leur a été causé³³⁶. L'action civile des tiers contractant avec la société semble donc possible, mais il conviendra de s'assurer que le préjudice est directement causé par l'infraction ou le délit.

227- L'abus de biens sociaux mérite toutefois une attention particulière. Il constitue une illustration particulièrement explicite du problème de limitation de la protection accordée par la technique sociétaire à un triple égard.

Tout d'abord, l'abus de biens sociaux a connu depuis 1935 une évolution considérable

³³² LIENHARD (A.) Loi pour l'initiative économique : quoi de neuf pour les sociétés ? D. 2003, chron., p. 1900 ; Loi de sécurité financière : quoi de neuf pour les sociétés ? D. 2003, chron., p. 1996 et s.

³³³ Qui pourrait être amplifié par les ordonnances annoncées par la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit. V. Actualités, D. 2003, p. 1827.

³³⁴ COURET (A.) L'abus et le droit des sociétés, Dr. et patrimoine, juin 2000, p. 67. – MAISTRE DU CHAMBON (P.) Abus de biens sociaux, Dr. pénal 2000, n° 12 bis, p. 12.

³³⁵ Peut être cité le délit d'escroquerie (art. 313-1 al. 1^{er} du nouveau Code pénal) qui la plupart du temps a pour but de procurer des fonds à la société. Ex. la présentation de bilans falsifiés en vue d'obtenir d'une banque des avances ou des prêts, ou encore l'incitation par le fondateur d'une société de façade à la remise de fonds à ladite société. On peut mentionner également le délit d'abus de confiance (art. 314-1 al. 1^{er} du nouveau Code pénal), qui consiste souvent en un détournement par le dirigeant des fonds destinés à la société. Citons enfin et surtout le cas d'organisation de l'insolvabilité d'une société. Ce type de délit est prévu à l'art. 314-7 du nouveau Code pénal. Est coupable tout dirigeant ayant organisé ou aggravé l'insolvabilité d'une société, soit en augmentant le passif ou en diminuant l'actif de son patrimoine, soit en dissimulant certains de ses biens, soit en diminuant ou dissimulant tout ou partie des revenus, lorsque cette personne morale sera tenue à des obligations pécuniaires résultant d'une condamnation prononcée en matière pénale, délictuelle ou quasi-délictuelle. Le complice de l'infraction est tenu solidairement dans la limite des fonds ou de la valeur vénale des biens reçus aux obligations pécuniaires résultant de la condamnation. Les créanciers contractuels ne sont pas protégés par ce texte.

³³⁶ Cass. crim., 6 février 1996, J.C.P. éd. F. 1996, II, p. 837. « Pour qu'une constitution de partie civile soit recevable devant la juridiction d'instruction, il suffit que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent d'admettre comme possibles l'existence du préjudice allégué et sa relation directe avec les infractions poursuivies. Tel était le cas pour l'actionnaire de la société mère qui s'est constitué partie civile dans les poursuites exercées pour abus de biens sociaux au préjudice d'une filiale ». – v. plus récemment la reconnaissance d'un préjudice personnel et direct des actionnaires d'une société faisant l'objet d'un délit d'initié. Cass. crim., 11 décembre 2002, Rev. dr. banc. mars-avril 2003, p. 114, n° 91, obs. PORTIER (Ph.)

dans ses perspectives d'application. Initialement prévu pour protéger des intérêts privés, les petits épargnants des petites sociétés, à une époque où l'économie se portait mal, l'application s'est généralisée à l'ensemble du monde des affaires, délaissant les hypothèses de procédures collectives pour s'appliquer à toute société *in bonis*. La finalité du délit a évolué vers la protection de l'intérêt général et il s'agit là d'un trait commun avec l'ensemble des fautes sanctionnées en matière de sociétés. Cela se manifeste par l'organisation jurisprudentielle de la protection des tiers et par l'utilisation du délit d'abus de biens sociaux.

Ensuite, au contraire de la responsabilité civile pour laquelle il s'agit d'adjoindre des patrimoines bien autonomes, l'abus de bien social consiste à dénoncer le plus souvent l'assimilation délictueuse par le dirigeant du patrimoine social à son propre patrimoine³³⁷. Cette assimilation a pu avoir pour effet de réduire le gage des créanciers sociaux. La négation de la protection patrimoniale conférée par la société est le fait de l'associé lui-même, avant d'être celui de ses créanciers.

Enfin, l'abus de biens sociaux s'intègre dans des types de « comportements spécifiques d'utilisation de la société à des fins étrangères à son objet » qui posent des difficultés à la doctrine et à la jurisprudence³³⁸, tant il est délicat de distinguer entre les différentes atteintes à l'autonomie patrimoniale³³⁹.

228- L'abus de biens sociaux prévu par les articles L 241-3 et L 242- 6 du Code de commerce condamne à des peines d'emprisonnement et des amendes les dirigeants qui « de mauvaise foi, auront fait, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement ». Quatre éléments constituent le délit : l'usage d'un bien dépendant du patrimoine social³⁴⁰, la mauvaise foi³⁴¹, la poursuite d'un but personnel intéressé³⁴² et un usage contraire à l'intérêt social³⁴³.

³³⁷ MEDINA (A.) L'intérêt personnel du dirigeant dans le délit d'abus de biens sociaux, D. 2000, A.J., p. 319.

³³⁸ PARIS, 9 février 1999. Bull. Joly 1999, § 118 p. 548, n° 12 obs. DOM. (J.-Ph.)

³³⁹ La recherche de critères propres à la qualification de ce type de comportement conduit parfois à l'intérêt social.

³⁴⁰ Cet usage peut consister en un acte d'administration, un acte de disposition mais également une abstention volontaire d'accomplir des actes. L'appropriation même temporaire est constitutive du délit.

³⁴¹ Elle est un élément essentiel du délit : le dirigeant doit avoir conscience du caractère préjudiciable pour la société et de l'avantage qu'il en retire et ceci au jour de l'accomplissement de l'acte.

³⁴² Les dirigeants doivent agir à des fins personnelles ou pour favoriser un groupement dans lequel ils sont intéressés. L'intéressement comprend la réalisation ou la simple perspective de profits pécuniaires et plus largement, l'obtention d'avantages professionnels, moraux, etc.

229- La faute des associés s'apprécie eu égard à un ordre public économique, garant de la moralité des affaires, mais également en fonction des droits des différents acteurs de la vie des affaires. La sanction patrimoniale qu'ils encourent en cas de faute fait chuter la protection dressée par la technique sociétaire, mais constitue la juste contrepartie de l'avantage qui leur est procuré si la faute peut être endossée par la société elle-même.

Le patrimoine des associés peut toutefois être recherché en dehors de toute faute, à titre de réparation.

Paragraphe 2 - La réparation, cause d'effacement de la protection des patrimoines

230- La recherche de la meilleure réparation possible est une préoccupation d'actualité en droit privé³⁴³. Assurer aux créanciers sociaux la possibilité d'un recours contre les associés en cas de défaillance de la société donne du crédit à cette dernière. La réparation envisagée inspire confiance et la fiction juridique effraie moins. Les créanciers chercheront toujours à éviter le fonctionnement de l'écran, même lorsqu'ils ne pourront pas le remettre en cause sur le fondement d'une méconnaissance d'une obligation. Différentes voies peuvent être empruntées à cet effet. Les créanciers peuvent revendiquer l'absence d'efficacité de l'écran.

³⁴³ Cette dernière condition met en exergue une lecture de la société personnifiée : une société avec intérêt autonome. L'intérêt social est ici une notion distincte de l'intérêt des associés. Cette condition pourrait conduire au débat sur la notion d'intérêt social. Il semble que les termes de l'article soient maladroits. Au lieu d'évoquer l'atteinte à l'intérêt social, il serait plus opportun et plus fiable de parler de la seule atteinte au patrimoine social. L'atteinte est directe et immédiate si l'on constate qu'il est engagé par des dépenses ou se trouve amputé par un manque à gagner. L'atteinte est potentielle, quand on soumet le patrimoine social à un risque anormal de pertes sans contrepartie (Les fautes de gestion ne sont pas en tant que telles sanctionnées. C'est le caractère injustifié du risque au regard du contexte économique de l'entreprise qui caractérise l'infraction) ou lorsqu'il sert à l'accomplissement d'actes illicites, même dans l'intention d'avantager la société [Cass. Crim., 27 octobre 1997. Bull. crim., n° 352 ; Petites Affiches 7 novembre 1997, p. 6, note DUCOULOUX-FAVARD (Cl.) ; Rev. sociétés 1997, p. 869, note BOULOC (B.) ; Bull. Joly 1998, p. 11, note BARBIERI (J.-F.)]. Ce dernier cas de figure marque la limite de la notion d'intérêt social en la matière : l'ordre public. Pas plus l'intérêt des actionnaires, que l'intérêt de la société personnifiée ne justifie l'accomplissement de certains actes portant atteinte au patrimoine social, parce que l'emploi du patrimoine social a d'autres vocations selon l'ordre public économique. L'intérêt général est préservé grâce à ce délit. L'intérêt supérieur n'est pas l'intérêt de la société (au sens civil ou commercial du terme) mais l'intérêt de la Société (au sens politique et social du terme.) L'exemple le plus évocateur est celui de l'E.U.R.L. L'associé unique peut commettre un abus de bien social. Pourtant l'intérêt de la société peut se confondre aisément avec son propre intérêt. Dire que la société est personnifiée au point d'avoir un intérêt propre paraît artificiel. En revanche, constater qu'il y a atteinte au patrimoine social et donc que le principe de l'E.U.R.L., qui permet l'autonomisation des patrimoines est remis en question, est objectif et réel. On sanctionne ce délit car il méconnaît un ordre établi par la loi. A ce stade, c'est le détournement au préjudice d'autrui qui est sanctionné et cela pourrait l'être tout autant au moyen du délit d'abus de confiance (MEDINA (A.) Art. Préc.).

³⁴⁴ Le souci d'indemnisation des victimes est omniprésent et s'appuie sur l'assurance pour réparer les préjudices subis.

Mais ils peuvent également la négocier en prévoyant des garanties adéquates. Ils disposent donc de recours légaux (A), mais également de recours qu'ils se sont conventionnellement aménagés (B).

A – La réparation revendiquée par le créancier

231- La revendication se fonde sur la loi, laquelle prévoit les règles d'engagement du patrimoine personnel des associés (1). Parfois, la jurisprudence vient au secours des créanciers en usant de la théorie de l'apparence (2).

1 - Les revendications fondées sur l'obligation au passif social

232- Si la technique sociétaire a pour effet de dresser un écran entre le patrimoine social et le patrimoine des associés, assurant ainsi sa protection, l'obligation au passif social existe toujours mais dans des conditions déterminées et dans des limites variables. Il convient de distinguer la contribution aux pertes de la société de l'obligation au passif social³⁴⁵. La contribution aux pertes se manifeste entre associés. L'exonération d'un des associés au paiement des pertes sociales tombe sous le coup des clauses léonines. Ainsi, dans le silence des statuts, l'article 1844-1 al. 1^{er} du Code civil prévoit que chaque associé contribue aux pertes à proportion de sa part dans le capital social. La contribution aux pertes ne se matérialise que lorsque le capital social est réellement entamé et donc en principe uniquement lors de la liquidation. L'obligation aux dettes sociales intéresse les rapports des associés avec les créanciers sociaux. Ces derniers peuvent-ils directement et immédiatement poursuivre les associés sur leurs patrimoines personnels et dans quelle mesure ?

233- Par principe, la règle de l'autonomie patrimoniale de la société par rapport aux associés interdit que la personne morale ait à assurer le règlement de dettes personnelles à ses associés, et parallèlement que les associés aient à régler les dettes sociales. C'est là l'intérêt de la technique sociétaire en vue de protéger le patrimoine. Ce principe n'a de force que dans le cadre de sociétés anonymes et de S.A.R.L. Le principe est d'ordre public et ne supporte pas de clauses statutaires contraires. En revanche, les créanciers sont en droit de demander le

³⁴⁵ Cass. Civ. 3^e, 6 juillet 1994. Rev. sociétés 1995, p. 39, note SAINTOURENS (B.) ; R.T.D. com. 1994, p. 723, obs. CHAMPAUD (C.I.) et DANET (D.)- CARCREFF (P.) Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes avec celle de contribution aux pertes. Gaz. Pal. 1976, doct., p. 145.

paiement de leur créance aux associés en nom collectif et commandités si la société ne peut pas en assurer le règlement³⁴⁶. Ils obtiennent ainsi une sorte de réparation du dommage subi par le non règlement de la société. Ainsi s'illustre la variation de la force de l'écran sociétaire selon la forme adoptée par la société³⁴⁷. La transparence de certaines sociétés opère une mise à l'écart de la personnalisation³⁴⁸, mais n'entraîne jamais la réunion des différents membres (société et associé) en une seule et même unité juridique : il n'y aura jamais un seul et même patrimoine³⁴⁹. La recherche du paiement d'une créance auprès d'un associé ne se fait que de manière subsidiaire³⁵⁰. Lorsque la société de personnes se situe dans un contexte de procédure collective, le sort des associés se trouve encore aggravé par les dispositions de l'article L 624-1 du Code de commerce. Aux termes de cet article, le jugement de redressement judiciaire de la personne morale produit ses effets à l'égard de toutes personnes membres ou associées de la personne morale et indéfiniment et solidairement responsables du passif social. Il en résulte que lorsque la société sera mise en redressement judiciaire, les associés soumis à une responsabilité solidaire et indéfinie seront mis en même temps en état de redressement ou liquidation³⁵¹. Le tribunal compétent sera le même que celui saisi du redressement de la société et il n'est pas besoin de constater la cessation des paiements des associés. La saisine pourra intervenir par la voie d'une assignation d'un créancier social. Il apparaît clairement que les sociétés de personnes engagent de manière très conséquente les associés, si bien qu'on ne peut pas leur donner comme rôle prépondérant celui de protéger le patrimoine des associés face aux créanciers.

234- En revanche les sociétés à risque limité, telles les S.A.R.L., n'engagent les associés qu'au stade de la contribution aux pertes. Ils ne s'engagent qu'à hauteur de leur apport (et non proportionnellement à leur apport.) Il est légitime de penser que ce type de société met à l'abri les associés à partir du moment où ils ne se mettent pas dans la position d'être sanctionnés. Pourtant il est des cas particuliers où en l'absence de toute faute, la protection conférée par la

³⁴⁶ V. DAUBLON (G.) La responsabilité indéfinie des associés de sociétés de personnes vis-à-vis des tiers. Defrénois 2003, art. 37723. L'auteur est extrêmement critique à l'égard de cette situation. Il considère que tous les associés devraient être soumis au même régime (en l'occurrence un régime protecteur) et milite pour l'hétérogénéité de la notion de personne morale.

³⁴⁷ V. *supra* n° 77 et s.- spécialement concernant les sociétés civiles : GIBIRALA (D.) L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles. Defrénois 1998, art. 36808, p. 625.

³⁴⁸ GRIDEL (J.-P.) La personne morale en droit français. Art. préc., p. 509.

³⁴⁹ On se situe bien entendu dans cette hypothèse en dehors des cas de confusion des patrimoines qui postulent une faute dans l'utilisation de la technique sociétaire. Dans cette hypothèse, on recherche quels sont les recours possibles des créanciers en dehors de toute faute.

³⁵⁰ Il faut avoir vainement poursuivi la société civile au préalable, ou vainement mis en demeure la société en nom collectif.

³⁵¹ SOINNE (B.) *Op. cit.*, p. 302, n° 500 et s.

société peut être déficiente. Ainsi en est-il de la transmission universelle du patrimoine d'une société à l'associé unique, à l'exclusion toutefois de l'associé unique personne physique depuis la réforme récemment intervenue³⁵².

235- L'article 1844-5 du Code civil relatif à la réunion de toutes les parts ou actions d'une société en une seule main et à la dissolution qui peut en résulter, envisage dans son troisième alinéa le cas spécifique de la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique, en cas de dissolution et sans qu'il y ait liquidation. Dans sa rédaction initiale, l'objectif de cet article³⁵³ était d'éviter à l'associé unique (en particulier personne physique) les charges liées à la liquidation, tout en organisant les droits des créanciers, par un mécanisme d'opposition leur permettant de ne pas être en concours avec les créanciers personnels de l'associé unique. La transmission s'applique de plein droit, simplifiant considérablement la dissolution et allégeant son coût. Il n'en reste pas moins que la transmission universelle du patrimoine postule une succession intégrale, c'est-à-dire concernant tant l'actif que le passif³⁵⁴. L'associé unique devient ainsi le débiteur personnel de l'ensemble des dettes de la société dissoute³⁵⁵, ce qui est assurément plus dangereux que d'avoir à supporter les charges d'une liquidation³⁵⁶. La solution est d'autant plus grave qu'elle est susceptible de s'appliquer à toutes les sociétés unipersonnelles telle l'E.U.R.L.³⁵⁷. Dans ce contexte de multiplication des sociétés unipersonnelles, la règle paraît notamment valoir pour la S.A.S.U.³⁵⁸.

Concernant la personne physique, il devenait permis de s'interroger sur l'utilité de la constitution d'une E.U.R.L. si l'objectif principal est de rendre autonomes les patrimoines

³⁵² Loi du 15 mai 2001 précitée, art. 103, codifié à l'art. 1844-5 alinéa 4.- V. ROLLAND (B.) Dissolution des sociétés unipersonnelles : une intervention législative opportune ? J.C.P. éd. E. 2001, 1761.- LUCAS (F.-X.) La transmission universelle de patrimoine à l'occasion de la dissolution d'une société unipersonnelle après la loi N.R.E. Actes pratiques Janvier-février 2002, p. 33.

³⁵³ Lequel est applicable à toutes les sociétés commerciales.

³⁵⁴ Il s'agit bien de l'hypothèse d'une obligation aux dettes sociales et non de contribution aux pertes, puisqu'il n'y a pas liquidation.

³⁵⁵ Il s'opérait une véritable cession de dettes avec substitution de débiteur. L'associé était tenu aux dettes *ultra vires*. Sur ces effets de la transmission universelle de patrimoine avant la réforme, v. ROLLAND (B.) Dissolution des sociétés unipersonnelles et transmission universelle du patrimoine. J.C.P. éd. E. 2000, p. 406, n° 9 et s.

³⁵⁶ L'objectif du législateur était manqué. En ce sens : JEANTIN (M.) La transmission universelle du patrimoine d'une société. In *Mélanges Dérupé*, préc., p. 287.

³⁵⁷ En ce sens v. DOUAI, 14 novembre 1996. D. 1997, jp, p. 312, note PROAL (F.) ; som., p. 228 obs. HALLOUIN (J.-C.) ; J.C.P. 1997, II, 22785, note DAIGRE (J.-J.) La Cour d'appel de Douai estime que la règle de transmission universelle du patrimoine est applicable automatiquement sans qu'une disposition légale ne permette de l'écarter. Cette solution dénature les objectifs poursuivis par le législateur lorsqu'il a institué l'E.U.R.L.

³⁵⁸ REINHARD (Y.) La nouvelle société par actions simplifiée est arrivée. Art. préc.

personnels et professionnels en vue de leur protection. Cette vision pessimiste était toutefois tempérée en cas de liquidation judiciaire. Il semblait que la loi excluait toute transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique dans cette hypothèse³⁵⁹. En outre, il était toujours possible pour la société de redevenir pluripersonnelle peu de temps avant le prononcé de la dissolution par la cession de quelques parts, ce qui permettait l'exclusion de l'application de l'article 1844-5 du Code civil³⁶⁰. L'associé unique pouvait également agir prudemment en faisant précéder la dissolution d'un état complet et valorisé des éléments d'actif de la société et des engagements, afin d'avoir la certitude que les éléments d'actifs étaient suffisants pour payer les dettes sociales³⁶¹.

Certains auteurs ont cherché à faire une lecture restrictive de l'article en ne l'appliquant qu'aux sociétés devenues unipersonnelles et en l'absence de toute régularisation³⁶². Ainsi tout associé d'une société unipersonnelle *ab initio* se trouvait protégé contre les effets de l'article 1844-5 du Code civil. On s'est également demandé s'il était possible de pouvoir en écarter l'application dans les statuts³⁶³.

Le fondement des dispositions de l'article 1844-5 du Code civil est assurément l'allègement pour l'associé unique de la procédure de la liquidation. Il semble illogique de penser que le législateur aurait volontairement cherché, avec la rédaction de cet article en 1988, à couper les effets d'une loi promulguée trois ans auparavant : la loi sur l'E.U.R.L.³⁶⁴. Si les travaux parlementaires ne font pas apparaître la volonté d'appliquer la transmission universelle aux seules sociétés devenues unipersonnelles, ils n'affichent pas non plus une volonté de nier l'efficacité de la division patrimoniale opérée par l'E.U.R.L. Ces dispositions n'ont été vraisemblablement appréciées par le législateur qu'au cas d'une société *in bonis*.

³⁵⁹ En ce sens : JEANTIN (M.) Art. préc. p. 287 ; T.G.I. Annecy, 7 juillet 1998. Bull. Joly 1999, § 233, p. 995 note LUCAS (F.-X.)

³⁶⁰ V. HALLOUIN (J.-C.), obs. préc. Mais les juges peuvent y voir un artifice destiné à éluder l'application de la loi. La cession des parts pourrait alors être considérée comme un procédé frauduleux.

³⁶¹ MERCADAL (B.) et JANNIN (P.) *Sociétés commerciales*, Op. cit., n° 346.

³⁶² V. ROLLAND (B.) Dissolution des sociétés unipersonnelles et transmission universelle du patrimoine, Art. préc., n° 12.

³⁶³ Encore faut-il considérer que cet article n'est pas d'ordre public. Cette interprétation semble confirmée par le droit communautaire (12^e directive du 21 décembre 1989).

³⁶⁴ *Contra* ROLLAND (B.) Art. préc., n° 8. L'auteur recherche d'autres fondements, moins prosaïques et plus théoriques, à la transmission universelle du patrimoine à l'associé unique. Il opère un parallèle avec la transmission de la personne du défunt en matière successorale, et revient sur la fiction que représente l'E.U.R.L. et l'immoralité que constitue la division de son patrimoine. Ces propos sont surprenants, 15 ans après l'institution des E.U.R.L. et suite à la naissance de nombreuses autres sociétés unipersonnelles (S.E.L.E.U.R.L., S.A.S.U., etc.) Il semble que l'idée que la société puisse être une technique « autonomisante » un patrimoine n'a pas fait son chemin, et que la théorie d'Aubry et Rau ait imprégné les esprits pour de nombreuses années encore.

En cas de procédures collectives, les conséquences sont désastreuses pour l'associé unique³⁶⁵. La limitation de responsabilité ne vaut que tant que la vie sociale dure. Tant que la société fait l'objet d'un plan de continuation, elle survit. Mais dès lors qu'une liquidation judiciaire est envisagée, l'interaction entre la règle de l'article 1844-5 du Code civil et les dispositions de la loi du 25 janvier 1985 est fatale pour l'associé unique qui devra supporter l'insuffisance d'actif³⁶⁶. Que l'on applique d'abord les règles des procédures collectives ou en priorité celles de la transmission universelle de patrimoine, les conséquences sont identiques pour l'associé unique. Une modification de cette situation est souhaitable *de lege feranda*. L'évolution est présente dans les esprits ainsi qu'en témoignent la loi Madelin du 11 février 1994 qui dans son article 47 offre un bénéfice de discussion à l'entrepreneur ou encore la récente loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003. La jurisprudence elle-même initie le mouvement. Une décision du Tribunal de Grande Instance d'Annecy s'est prononcée récemment en faveur de l'écartement des règles de la transmission universelle du patrimoine d'une société unipersonnelle au cas de liquidation judiciaire³⁶⁷. Si cette décision trouvait un accueil favorable de la Cour de cassation, elle rendrait caduques les critiques formulées à l'encontre de l'article 1844-5 du Code civil.

La loi du 15 mai 2001, quant à elle, a effectué un premier pas en écartant le risque en ce qui concerne les personnes physiques. Mais la règle demeure pour l'associé personne morale. L'autonomie patrimoniale construite par le montage sociétaire est niée par l'application de cet article. L'indulgence du législateur n'est pas la même selon que l'associé est une personne physique ou une personne morale. Il est possible de se demander s'il s'agit d'une défiance à l'égard des montages sociétaires.

236- Malgré cette avancée de la loi N.R.E., il est douteux de penser que le principe de protection sociétaire puisse s'étendre *de lege feranda*. Certes, l'encouragement du petit entrepreneur est une préoccupation constante. Dans cette optique, des garanties lui sont offertes et notamment la protection de son patrimoine tant personnel que professionnel³⁶⁸. Mais la loi semble également parcourir le chemin inverse³⁶⁹. Plusieurs indices en témoignent. Par exemple, il semblerait que l'associé, sur le fondement d'une obligation de loyauté, doive

³⁶⁵ HOONAKKER (P.) L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société unipersonnelle oblige-t-elle l'associé unique au passif social ? J.C.P. éd. E. 2000, p. 933. L'auteur milite pour une exclusion des règles de l'art. 1844-5 al. 3 au cas d'ouverture d'une procédure collective.

³⁶⁶ ROLLAND (B.) Les difficultés dues à la liquidation judiciaire des sociétés unipersonnelles. Art. préc., p. 451.

³⁶⁷ T.G.I. Annecy, 7 juillet 1998. Bull. Joly 1999, § 233, p. 995, obs. LUCAS (F.-X.)

³⁶⁸ C'est l'intention avouée de l'art. 8 de la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique (v. *supra* n° 49).

³⁶⁹ Selon l'opinion de Mme FRISON-ROCHE (M.-A.) L'invitation de l'art. 52 de la loi bancaire. R. dr. banc. mai-juin 1996, p. 86.

aujourd'hui contribuer au financement de sa société si la situation de cette dernière le justifie³⁷⁰. Les actionnaires d'un établissement de crédit peuvent être amenés à lui fournir leur soutien sur demande du gouverneur de la Banque de France, conformément à l'article 52 de la loi du 24 janvier 1984. On concède qu'il s'agit de questions qui relèvent des rapports internes de la société et que la sollicitation émane d'un externe institutionnel agissant dans l'intérêt général. Un créancier, un tiers au contrat de société, serait difficilement fondé à invoquer le devoir de loyauté à un contrat auquel il n'est pas parti. Néanmoins, la connexion pouvoir-responsabilité³⁷¹ efface souvent toute velléité d'indulgence à l'égard de l'associé et donc de protection. Les revendications s'appuient sur une nécessaire « transparence ». Il n'y a qu'un pas pour se fonder juridiquement sur l'apparence.

2 - Les revendications fondées sur l'apparence

237- La théorie de l'apparence³⁷² permet de crever l'écran sociétaire et de porter atteinte au principe d'autonomie patrimoniale, au nom de la sécurité juridique dynamique dont doivent bénéficier les tiers. L'apparence suppose une situation à trois personnes : le titulaire réel, le titulaire apparent et le tiers contractant. Le conflit d'intérêt résulte de ce que chacun justifie d'un droit à la sécurité juridique : la sécurité de ses droits et la sécurité des transactions. L'équilibre doit alors se faire sur la base de deux conditions l'une objective, la force de l'apparence³⁷³, l'autre subjective, la bonne foi du tiers contractant³⁷⁴.

238- L'exemple le plus fréquent est le mandat apparent. Le comportement apparent est la plupart du temps corroboré par des circonstances particulières tenant aux liens entretenus par les différentes personnes que les créanciers veulent assimiler. En l'espèce, il s'agit des liens tissés par les affaires et plus précisément la technique sociétaire³⁷⁵. Les hypothèses peuvent être les suivantes : le créancier pense traiter avec la société car la personne physique

³⁷⁰ LE NABASQUE (H.) Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés. Art. préc., p. 275.

³⁷¹ Telle qu'elle est mise en avant par Monsieur Fromiond-Hebrard ou Madame Schiller.

³⁷² « Création jurisprudentielle destinée à tempérer la rigueur aveugle des principes ». BENABENT (A.) *Droit civil. Les obligations*. Montchrestien, 1997, n° 500.

³⁷³ Pour cette condition, sera protégé celui qui a commis une erreur légitime malgré les précautions d'usage, même si elle n'était pas invincible. L'appréciation de la croyance légitime se fait par référence à un citoyen normalement diligent et prudent, et fait l'objet d'un contrôle de la Cour de cassation.

³⁷⁴ La théorie ne saurait profiter à celui qui connaissait la situation réelle, mais la bonne foi se présume. C'est à celui qui prétend éviter le jeu de la théorie de l'apparence qu'il incombe de prouver que le tiers contractant connaissait la vérité. En la matière, le tiers alerté par certaines anomalies devait procéder à de plus amples investigations.

³⁷⁵ DE GAUDEMARIS (M.) Théorie de l'apparence et sociétés. Rev. sociétés 1991, p. 465.

qui se présente devant lui est associée voire dirigeante de ladite société ; le créancier contracte avec une société et croit légitimement à l'engagement personnel d'une autre société d'un groupe³⁷⁶ ou ne distingue pas les différentes personnalités morales en présence en raison de l'existence d'une certaine unité d'entreprise. Ainsi au sein d'un groupe, il est possible d'apprécier la difficulté à démêler les personnalités juridiques distinctes représentant des activités complémentaires d'une même entité³⁷⁷. La réalité économique est plus apparente que la réalité juridique. Ce constat est parfois confirmé par l'absence d'autonomie des sociétés du groupe dans la détermination de leur ligne d'action sur le marché³⁷⁸.

239- L'origine de l'apparence est indifférente. L'engagement du titulaire réel n'a pas à s'expliquer nécessairement par la commission d'une faute ou négligence (laisser créer une apparence trompeuse)³⁷⁹. Le but de l'apparence est de transformer en droit véritable ce qui n'était qu'apparence³⁸⁰. Le lien de droit ainsi créé aura la même force, les mêmes effets qu'un contrat, si bien qu'il entraîne dans notre cas une négation de l'autonomie patrimoniale : une action sur un patrimoine qui ne devrait pas être engagé est obtenue. Le créancier conserve la possibilité de poursuivre le paiement à l'encontre du titulaire apparent, tout en disposant d'une action en responsabilité s'il établit l'existence d'une faute. Enfin, obligé de subir les effets d'un contrat passé en dehors de lui, le titulaire réel disposera d'un recours contre le titulaire apparent³⁸¹.

240- Dans ces différentes hypothèses, la réparation n'est pas fondée sur une faute. La loi ouvre des hypothèses de recours mais qui nécessitent parfois des procédures et qui s'avèrent

³⁷⁶ Sur la théorie de l'apparence dans les groupes de sociétés, voir COZIAN (M.), VIANDER (A.), et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 1969.

³⁷⁷ LAMBERT (G.) *Le droit de l'entreprise et le contentieux des affaires*. P.U.A.M. 1983, p. 65 et s. cité par VIGNAL (N.) Art. préc.

³⁷⁸ VIGNAL (N.) *loc. cit.*, v. récemment : VERSAILLES, 21 avril 2000. *Dr. sociétés* 2000, n° 93, p. 20 note VIDAL (D.), qui ajoute à la notion d'apparence, celle d'immixtion.- Pour un exemple contraire et un constat d'absence d'apparence trompeuse : Cass. com., 2 décembre 1997. *Bull. Joly* 1998, § 162, p. 472, note DAIGRE (J.-J.)

³⁷⁹ Il est faux de n'envisager en droit des sociétés que l'hypothèse de l'apparence trompeuse consécutive à une faute. La constatation d'une faute ou négligence permettra de retenir plus facilement l'apparence. Mais en cas de faute, c'est plus souvent la responsabilité délictuelle de la société qui sera alléguée pour obtenir réparation [pour un exemple voir : Cass. Com. 5 février 1991. *D.* 1992, jp, p. 27, note CHARTIER (Y.) : la réparation prendra la forme de dommages-intérêts]. La demande de reconnaissance de l'existence d'un lien de droit sera plus rare ; l'apparence justifiera alors la recherche du paiement d'une dette directement auprès du titulaire réel (pour un exemple voir : Cass. Com, 1^{er} mars 1994. *R.J.D.A.* 1994, n° 665, p. 533 ou TOULOUSE, 11 mai 1994. *Bull Joly* 1995, n° 231. La réparation se fait par le règlement de la dette aux soins du débiteur apparent et non du débiteur réel.)

³⁸⁰ *Error communis facit jus.*

³⁸¹ Recours en restitution ou recours en indemnité voir sur ce point BENABENT (A.) *Op. cit.*, n° 510.

souvent insuffisants. Conventionnellement, les créanciers peuvent prévoir une garantie de réparation en cas de défaillance du patrimoine social.

B – La réparation négociée par le créancier

241- Il a été reproché aux banques et organismes financiers d'être parfois responsables du surendettement de leur débiteur, par manque de vigilance ou de rigueur. Le plus souvent la recherche et l'espoir d'un profit expliquait l'attitude complaisante³⁸². L'emprunteur est susceptible de développer avec lui un courant d'affaires rémunérateur pour l'établissement financier. Une action préventive à cet endettement excessif, source d'insolvabilité, consiste pour les créanciers à anticiper les risques.

242- Il n'est pas plus grand risque que de se trouver sans action. Si aucune faute ne peut être reprochée, et si légalement aucune réparation n'est prévue, il faut s'assurer qu'en cas de défaillance de la société, le relais sera pris par un autre patrimoine. L'obtention de nouveaux droits sur le patrimoine des associés est négociée. Il s'agit de garanties³⁸³, qui traduisent un besoin de sécurité corrélatrice au crédit³⁸⁴, et illustrent le souci d'obtenir réparation rapidement en cas d'incident. De cette manière, la pratique accepte conventionnellement³⁸⁵ d'établir des liens d'interdépendance entre des patrimoines théoriquement distincts³⁸⁶. Ces liens sont conditionnels et aménagés par un contrat ou un acte juridique qui seront les instruments juridiques du crédit, de la confiance³⁸⁷. Ils ne s'établissent normalement qu'en cas de difficultés de paiement et qu'à l'égard du bénéficiaire de la garantie.

243- En droit des sociétés, ces liens apparaissent souvent entre le patrimoine social et le patrimoine d'un ou plusieurs associés. Tout virtuels qu'ils puissent être, ils constituent une forme de pression : une obligation de diligence, notamment de la part des dirigeants. Ainsi on

³⁸² DERRUPE (J.) Rapport de synthèse. In *L'endettement. Travaux de l'association H. Capitant. Journées Argentines 1995*, tome XLVI, L.G.D.J., 1997.

³⁸³ Dont la définition peut être la suivante : « mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire ».

³⁸⁴ Le crédit est peut-être la confiance, mais cette confiance se mérite : le supplément de crédit est la garantie. V. SIMLER (P.) Rapport de synthèse. In *Les garanties du financement. Travaux de l'association H. Capitant. Journées Portugaises. 1996. Tome XLVII*. L.G.D.J., 1998.

³⁸⁵ V. sur cette question : POMIES (O.) *De l'obligation des dirigeants de la société aux dettes sociales*. Thèse Rennes, 1989. Spécialement le titre 2, p. 155 et s. concernant les obligations contractuelles accessoires (cautionnement) et autonomes (garantie de passif.)

³⁸⁶ GOUBEAUX (G.) Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens. Art. préc., spéc. n° 14, p. 211.

³⁸⁷ GJIDARA (S.) *L'endettement et le droit privé*. L.G.D.J., 1999.

peut douter de la réelle responsabilité limitée des associés d'une S.A.R.L. tant il est courant que l'on exige du dirigeant au moins un engagement solidaire³⁸⁸. La même remarque peut être formulée à l'égard de l'E.U.R.L.³⁸⁹. Il est de la même façon permis de penser que le cautionnement ou la lettre d'intention³⁹⁰ donnés par la société mère au profit de ses filiales³⁹¹ est un moyen de nier l'autonomie patrimoniale dans les groupes³⁹². Il est admis également qu'une S.C.I. puisse cautionner les dettes d'un de ses associés personne physique ou morale³⁹³. L'infléchissement de la notion de personne morale par le cautionnement³⁹⁴ - ou tout du moins l'infléchissement de l'écran - est une réalité pratique³⁹⁵. Mais il est davantage le fait du créancier que de la société ou des associés. Cette forme de négation conditionnelle de l'autonomie patrimoniale est devenue tellement courante dans la pratique que la jurisprudence en arrive parfois à reprocher aux créanciers de ne pas l'avoir prévue³⁹⁶.

244- Particulièrement préjudiciables quand le patrimoine privé se porte garant, des solutions alternatives peuvent s'organiser s'agissant de la réparation négociée par les créanciers. Un exemple est donné par le cautionnement mutuel³⁹⁷. Déjà préconisé dans le rapport Champaud sur l'E.P.R.L., il est depuis une dizaine d'années fortement encouragé par les gouvernements successifs notamment par l'intermédiaire de sociétés financières détenues

³⁸⁸ Pour cette raison, certains ont relevé que la séparation des patrimoines opérée par l'E.U.R.L. n'était que pure illusion. Il fut même proposé lors des travaux préparatoires d'interdire le cautionnement par l'entrepreneur des dettes de la société (J.O. débats Assemblée Nationale du 12 avril 1985, p. 153.)

³⁸⁹ RANDOUX (D.) Une société très spécifique : l'E.U.R.L., art. préc., n° 42 ; HUGOT (J.) et RICHARD (J.) *Les sociétés unipersonnelles. Op. cit.*, p ; 15 et s.- On a pu s'interroger sur le sort du cautionnement donné par l'associé unique au profit d'une E.U.R.L., lorsque celle-ci est liquidée. En application de l'art. 1844-5 du Code civil, le débiteur principal (l'E.U.R.L.) disparaît. Cela emporte extinction du cautionnement à compter de la date de fusion des patrimoines. DOUAI, 20 janvier 2000. D. 2000, A.J., p ; 139, note LIENHARD (A.)

³⁹⁰ Les termes de la lettre d'intention doivent être interprétés de manière à la qualifier de garantie ou de simple obligation de moyen. V. Cass. com., 26 janvier 1999. D. 1999, A.J., p. 344 note M.B. et p. 577, note AYNES (L.)- Cass. com., 8 avril 2000. D. 2000, A.J., p. 257, note FADDOUL (J.)

³⁹¹ Cette technique de garantie est favorable aux groupes en facilitant l'obtention de crédits externes. Concernant les crédits internes, v. OHL (D.) *Op. cit.*, qui considère que la circulation des capitaux intragroupe est nécessaire à la croissance du groupe et qu'il n'est pas d'autres techniques plus efficaces que celle des avances directes et prêts au sein du groupe.

³⁹² V. encore cet exemple s'agissant du montage S.C.I./S.A.R.L. La S.C.I. cautionnant les engagements de la société commerciale. Cass. com., 28 mars 2000, D. 2000, A.J., p. 253.

³⁹³ S'agissant de la caution donnée par une S.C.I. à l'un de ses associés. V. Revue fiduciaire 13 mai 2000, p. 14. La communauté d'intérêt peut justifier la validité du cautionnement donné par la S.C.I. même s'il n'entre pas dans l'objet social. V. Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2000. D. 2000, jp, p. 148, note FADDOUL (J.)

³⁹⁴ PIEDELIEVRE (A.) Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement. Gaz. Pal. 1982, doct., p. 85.

³⁹⁵ Il s'agit de modes contractuels de gestion des risques, en dehors de toute idée de faute. V. MOUSSERON (J.-M.) « Responsable mais pas coupable ». La gestion des risques d'inexécution du contrat. In *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 141 et s., n° 22.

³⁹⁶ PARIS, 9 février 1999. Bull. Joly 99, § 118, p. 548, n° 13, obs. DOM (J.-P.) La banque n'avait pas pris la précaution de prendre une garantie.

³⁹⁷ V. d'autres propositions : SIMLER (P.) Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement. J.C.P. éd. N. 1987, p. 199.

pour partie par l'Etat comme la B.D.P.M.E. Ces institutions rappellent aux acteurs de cette vie juridique et économique qu'il convient de ne pas entraver, par la prise de garanties exagérées, le développement économique³⁹⁸. Entraver la protection patrimoniale organisée par l'entrepreneur ne va pas dans le sens de l'encouragement à la création d'entreprise.

³⁹⁸ Les interactions entre la réparation et le jeu économique sont aujourd'hui démontrées et constituent un souci présent à l'esprit des juristes.

Conclusion du chapitre

245- Les sociétés confirment leur aptitude à structurer le patrimoine par les qualités protectrices qu'elles développent en fonctionnant.

Très tôt, la technique sociétaire a été pressentie comme un moyen de limiter les risques patrimoniaux des associés, notamment avec la création des sociétés à risque limité. Mais cet objectif restait noyé parmi d'autres et relativement accessoire par rapport au souci d'organisation de l'activité qui dominait.

Peu à peu, l'idée s'est développée de faire de la société une technique d'autonomisation et de protection du patrimoine à part entière. La consécration de cette fonction s'est trouvée avec l'E.U.R.L. et plus récemment la S.A.S. dans sa forme unipersonnelle. Il est admis désormais que la société permette avant tout de réaliser un patrimoine d'affectation, car cela correspond à un réel besoin prévalant du monde des affaires.

La protection du patrimoine par la technique sociétaire trouve toutefois ses limites. Les créanciers cherchent dans le fonctionnement de la société les fondements aptes à lever le voile social. Le maître mot de cette démarche est la responsabilité, que l'associé doit assumer sur son patrimoine, soit en raison d'une faute commise, soit en raison d'une réparation due au créancier. L'écran protecteur est alors mis en échec ou s'efface au gré des actions qui peuvent être propres à des circonstances de droit des affaires comme lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective, ou qui peuvent relever du jeu normal de la responsabilité civile ou pénale.

246- « De quoi les hommes savent-ils user sans abus ? » s'interrogeait Voltaire³⁹⁹. De l'usage outrancier⁴⁰⁰ de la technique sociétaire à la surprotection des créanciers par la recherche incessante de garanties ou de mise en cause de responsabilité, l'équilibre est difficile à trouver et on doit veiller à ne pas mettre en péril le jeu économique. Ne pas entraver le développement tout en assurant une sécurité maximale est le défi du droit au service de l'ordre social. L'emploi de la technique sociétaire doit s'inscrire dans cette lignée. L'équilibre doit se trouver.

³⁹⁹ V. également, plus récemment : STOFFEL-MUNCK (P.) *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, L.G.D.J. 2000, lequel brosse trois types d'abus : abus par déloyauté, abus de liberté contractuelle et abus de prérogative.- également plus restrictifs car s'agissant d'abus de droit et non d'abus seul : MAINGUY (D.) *L'abus de droit dans les contrats*, C.D.E. 1998/6, p. 1 et s., et dans le même numéro concernant l'infiltration de l'abus de droit dans le domaine du droit des sociétés ; REINHARD (Y.) *L'abus de droit dans le contrat de société*, C.D.E. 1998/6, p. 8.

⁴⁰⁰ L'abus de droit reste défini comme le mauvais usage d'un droit.

Conclusion du titre 1

247- Les sociétés évoluent de manière étrange. A l'origine les sociétés exprimaient la réunion d'intérêts convergents de plusieurs individus. Aujourd'hui, avec la multiplication des sociétés unipersonnelles, elles concrétisent l'éclatement des différents intérêts d'une même personne physique ou morale.

La technique sociétaire permet d'opérer une séparation entre des patrimoines affectés à différentes finalités. L'isolement se concrétise dès l'apport en société, créant un écran, qui s'avère, lors du fonctionnement de la société, protecteur des patrimoines respectifs. Le droit des sociétés est ainsi instrumentalisé. S'il est évident qu'il est par essence un outil devant répondre à un besoin, les multiples réponses qu'il peut aujourd'hui apporter aux préoccupations les plus diverses est un trait marquant de son évolution. C'est une technique juridique flexible, à juste titre « populaire » parce que simple dans l'esprit et éprouvée dans la pratique.

248- Mais la seule utilité ne peut valider toutes les utilisations qui en sont faites. Le conséquentialisme⁴⁰¹ est dangereux. Une référence à la norme s'impose. L'envers de la médaille est donc la recherche de responsabilité et la sanction qui l'accompagne. Le tout se fait sur le fondement de principes, car l'éthique de la responsabilité ne suffit pas à elle seule à mettre un frein à des pratiques douteuses. Elle risque surtout de créer une insécurité juridique préjudiciable à tous. L'isolement n'est pas toujours autorisé, et la protection n'est jamais absolue. En la matière, les critiques de l'emploi de la technique sociétaire sont fréquentes et vulgarisées. Le débat est ancien et il semble parfois qu'on ait tout dit à ce sujet. La recherche continue toutefois d'avancer. Elle met en exergue de nouveaux critères⁴⁰² et pose des limites plus adaptées aux besoins de chacun. La structuration externe du patrimoine par la technique sociétaire n'échappe pas au jugement moral. La construction de son champ d'action en confirme toutefois l'efficacité.

⁴⁰¹ Le conséquentialisme est l'évaluation des conséquences pratiques des actes. L'action morale est celle qui considère les conséquences de nos actes aussi bien pour celui qui agit que pour les autres personnes concernées. Le sujet peut ainsi être amené à commettre des actions contraires aux normes. Cette pensée est très en vogue chez les philosophes allemands et américains et au contraire peu reconnue par les philosophes français qui, à l'instar de la pensée kantienne, préfèrent se référer à des principes absolus. V. sur ce point : CANTO-SPERBER (M.) Le regain de la philosophie morale. In *Philosophies de notre temps*. Op. cit., p. 193 et s., et spécialement p. 195.

⁴⁰² C'est le cas par exemple des connexions radicales proposées par Mme Schiller.

249- Certains regrettent le passage obligé à la technique sociétaire pour limiter les risques patrimoniaux. Le « confort illusoire » des sociétés unipersonnelles est discuté⁴⁰³. Les critiques liées à l'utilisation de la personnalité morale⁴⁰⁴ défendent l'idée de simplicité. Si la simplicité du droit est un élément fondamental de son effectivité, de sa certitude⁴⁰⁵, il ne faut pas refuser la complexité de certaines pratiques. L'organisation par la technique sociétaire présuppose nécessairement une certaine complexité par rapport à un état de droit donné : il faut créer une situation juridique nouvelle par une œuvre de l'esprit. La pratique, et notamment celle des montages complexes, peut apporter beaucoup au droit⁴⁰⁶, même si la complexité n'est pas gage de qualité. On ne peut se passer de pratiques juridiques complexes car elles correspondent aux situations de faits qui sont rarement, et de moins en moins, simples. Ainsi que l'exprimait le Doyen Hauriou, « la simplicité est la grande tentation d'une théorie, mais les choses sont complexes, il n'y a de vérité qu'en respectant cette complexité »⁴⁰⁷. L'utilisation de la technique sociétaire pour limiter les risques patrimoniaux n'est pas simple. Elle va au minimum engendrer la rédaction d'un contrat de société et des formalités, et souvent nécessiter l'imagination, la création de montages⁴⁰⁸. Ce qui est complexe devient suspect⁴⁰⁹. Pour garder une certaine mesure de l'admissible⁴¹⁰, il convient dès lors d'encadrer la complexité, de la borner, ce que réalise l'ordre public économique.

250- La technique sociétaire ne permet pas uniquement de structurer en fixant des frontières externes à un patrimoine, en le séparant d'autres patrimoines. Elle structure également au niveau interne. Elle constitue alors une technique particulière d'administration du patrimoine, de gestion politique du patrimoine.

⁴⁰³ SAYAG (A.) Art. préc., n° 4.

⁴⁰⁴ MONASSIER (B.) Entretiens. In *Sociologie juridique du patrimoine*, préc.

⁴⁰⁵ GHESTIN (J.) GOUBEUX (G.), et FABRE-MAGNAN (M.) *Traité de droit civil. Introduction générale*. L.G.D.J. année 1994, n° 247, p. 201. Sur l'incertitude engendrée par la complexité du droit existant v. CAREONNIER (J.) *Droit civil, introduction*. Op. cit., p. 183 et s.

⁴⁰⁶ PAILLUSSEAU (J.) L'enrichissement du droit et de la théorie juridique par la pratique. In *Mélanges Champaud*. Op. cit., p. 483 et s.

⁴⁰⁷ HAURIOU (M.) *Principes de droit public*. Librairie Recueil Sirey, 1916, p. 60.

⁴⁰⁸ C'est l'ingénierie patrimoniale qui peut être abusive. V. COURET (A.) L'ingénierie patrimoniale abusive. Dr. et patrimoine, mai 1996, p. 46.

⁴⁰⁹ L'attitude suspicieuse s'explique en ce que l'on cherche à optimiser la norme. Optimiser peut devenir enfreindre. V. sur l'encadrement des stratégies d'optimisation : PORACCHIA (D.) Op. cit., n° 734 et s. et notamment n° 737 sur l'accès au montage et l'égalité des citoyens.

⁴¹⁰ Toute médaille a son revers et « le réalisme juridique n'échappe pas à cette dialectique fondamentale du positif et du négatif » CHAMPAUD (Cl.) Des droits nés avec nous. Art. préc., p. 103.

TITRE 2

L'administration du patrimoine

251- La technique sociétaire dresse un écran entre le patrimoine et la personne. A l'instar d'autres situations juridiques¹, cette structuration du patrimoine a une influence sur les relations patrimoniales des intéressés². Au delà de la séparation des patrimoines, la mise en société permet une organisation différente de l'administration d'actifs³. L'acte d'administration se définit couramment comme l'opération juridique commandée par la gestion courante d'un patrimoine⁴. *Administrer*⁵ et *gérer*⁶ participent de la même idée, si ce n'est que le premier a

¹ Le mariage est l'état des personnes qui affecte le plus le patrimoine de son titulaire. En l'absence d'un régime matrimonial conventionnel, le régime légal donne un bel exemple de l'évolution que connaît le patrimoine puisqu'il se structure en trois masses et se gère, tour à tour, de manière autonome, concurrente ou conjointe. Le régime primaire impératif emporte également des conséquences sur les relations patrimoniales des époux. Le mariage, à l'instar de la société, impose une structuration du patrimoine des époux. Toutefois, la technique sociétaire prend un certain ascendant sur le régime matrimonial. La validité des sociétés entre époux a été lentement acquise pour aboutir avec la loi du 23 décembre 1985 à l'affirmation d'une égalité parfaite et d'une autonomie des époux leur accordant la possibilité de constituer tout type de société. Cette validité hiérarchise indirectement les valeurs qui sont l'essence de chaque institution. La technique sociétaire est un moyen de transgresser le principe d'immutabilité du régime matrimonial. Il apparaît clairement que certaines règles de la société évincent celles du régime matrimonial. La liberté d'être associé coexiste avec la liberté d'être d'époux. La qualité d'associé domine la qualité d'époux. Elle est renforcée par l'indépendance de l'époux consacrée par l'interdiction d'entrave à la vie sociale faite à son conjoint. Chacun peut exercer pleinement les prérogatives liées à sa qualité d'associé. La domination de la structure sociétaire est affirmée. Seule la prise de participation dans une société ne peut ignorer les règles des régimes matrimoniaux. Cette vigueur s'explique par la mesure de l'impact que produit la technique sociétaire sur le patrimoine.- V. sur ces questions : Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs. COLOMER (A.) La réforme de la réforme des régimes matrimoniaux, ou : vingt ans après (premières réflexions sur la loi du 23 décembre 1985). D. 1986, chron., p. 49 et s.- Art. 1832-1 C. civ.- Pour un résumé de la situation antérieure : DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) Mariage et sociétés. In *Etudes dédiées à René Roblot : aspects actuels du droit commercial français*. L.G.D.J., 1984, p. 271.- Et des problèmes actuels, v. PASQUALINI (F.), PASQUALINI-SALERNO (V.) Les sociétés entre époux. J.C.P. éd. E. 1999, p. 1850.- Adde : KARM (A.) *L'entreprise conjugale*. Thèse Paris II, 1999. L'auteur confirme l'intérêt du contrat de société (comparativement au contrat de mariage) à l'égard de l'organisation du partenariat entrepreneurial des époux, mais souligne également ses limites.

² Les patrimoines sont concernés par la situation juridique des personnes qui en sont titulaires. Pour faire le lien avec le titre précédent, prenons l'exemple de l'immeuble. Lorsqu'il est porté à l'actif du bilan de la société, sa gestion n'est pas indépendante des autres supports d'exploitation et peut perdre en efficacité car attachée à l'état de la personne morale. En revanche, en isolant le foncier en une structure autonome, on spécialise sa gestion : c'est « une garantie d'efficacité du traitement des problèmes immobiliers, une prise de conscience des coûts réels et une occasion d'améliorer la flexibilité de la gestion ». LEDOIT (A.) *La fonction immobilière dans l'entreprise*. Economica, 1998, p. 89.

³ GONSARD (S.) Société civile : pour organiser la détention d'actifs. Gestion de fortune, mai 1999, p. 46.

⁴ V. *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, sous la direction de CABRILLAC (R.), v° acte d'administration.

⁵ Le Petit Robert, v° administrer, sens 1 « gérer en faisant valoir, en défendant les intérêts », sens 2 « assurer l'administration en exerçant des fonctions de direction et de contrôle ». Ce mot vient du latin *administrare*, le ministre (encadré). Il fait donc référence à du pouvoir.

une connotation plus autoritaire. Il suggère l'idée de direction, de gouvernement. Le second inspire davantage de dynamisme et d'audace dans les choix. C'est qu'en fait, *administrer* renvoie à l'univers juridique tandis que *gérer* fait référence au monde financier. En l'espèce, la société permet d'administrer car il s'agit d'une technique *juridique* qui donne du *pouvoir*. L'efficacité de l'administration par la voie sociétairre n'est pas mesurée ici quantitativement⁷ (son apport financier effectif n'est pas apprécié), mais qualitativement⁸.

252- L'administration du patrimoine est modifiée par sa mise en société. En effet, il n'est plus détenu en direct, il n'est plus l'émanation de la personne. Affecté à la société, il devient le patrimoine de la société. Son mode de détention évolue donc, puisque l'on passe de la propriété d'un patrimoine à un pouvoir sur le patrimoine⁹. La société agit alors comme un transformateur. Le pouvoir qu'elle confère présente l'atout de la maniabilité. Il tire cette flexibilité de son indépendance par rapport à l'aspect financier du patrimoine. Les actifs appartiennent à la société, personne morale, tandis que le pouvoir reste aux détenteurs originaires.

253- Forte de ces aptitudes à la décentralisation des intérêts, la technique sociétairre se présente d'une part comme un nouveau mode de détention du patrimoine (chapitre 1). Elle n'est pas démunie face au patrimoine en mutation, puisque les mêmes qualités permettent d'autre part d'aménager la transmission du patrimoine (chapitre 2).

⁶ Le Petit Robert, v^o *gérer*, sens 1 « administrer (les intérêts, les affaires d'un autre », sens 2 « administrer (ses propres affaires » par extension « organiser, utiliser au mieux ». Ce mot vient du latin *gerere*, le geste (encadré). Il fait référence à une implication personnelle.

⁷ Sur cette question, v. *infra* seconde partie.

⁸ Administrer un immeuble consiste par exemple à le mettre en location. Il ne s'agira pas de voir s'il est financièrement plus rentable d'effectuer la location par l'intermédiaire d'une société qu'en direct, mais de voir si les étapes juridiques nécessaires à la mise en location sont facilitées par la voie sociétairre ou non. L'exemple est plus explicite si l'on évoque cette fois les arbitrages que peut imposer la détention d'un patrimoine immobilier : achat, vente, etc. Ces actes de dispositions relèvent de l'administration, de la gestion politique du patrimoine.

⁹ Il ne s'agit pas ici de savoir quel pouvoir social est détenu grâce à la technique sociétairre, c'est à dire dans les rapports avec des tiers. Il est plus intéressant de s'interroger sur le nouveau lien qu'instaure la technique sociétairre entre la personne et le patrimoine organisé, et donc d'étudier le pouvoir de l'individu sur le bien organisé. Les tiers peuvent être intéressés directement par le bon fonctionnement de la société comme s'agissant des salariés de l'entreprise exploitée sous la forme sociale par exemple. L'étude porte toutefois sur la sphère réduite de la personne et de son patrimoine.

CHAPITRE 1

La détention du patrimoine

254- L'écran dressé par la personnalité morale de la société transforme la composition du patrimoine de l'apporteur¹⁰. La technique sociétaire a pour effet de remplacer la propriété d'un élément patrimonial par un pouvoir sur le patrimoine, lequel est désormais attaché à la personnalité morale de la société. L'effet de la technique sociétaire est étonnant : un individu peut ainsi avoir du pouvoir sur un patrimoine qui ne lui appartient plus¹¹. La société est une « main juridique »¹². L'intérêt premier de passer d'une propriété d'un bien ou ensemble de biens à un pouvoir est évident. Ce passage permet de confier à une ou plusieurs personnes, davantage qualifiées, l'administration¹³ d'un patrimoine déterminé. En transférant à une autre personne le pouvoir, les moyens d'agir au mieux pour ce patrimoine lui sont donnés, à l'instar du schéma fiduciaire¹⁴.

255- La technique sociétaire n'est toutefois pas exempte de failles. Dès lors que tous les associés ont un pouvoir sur le patrimoine, ce dernier peut être mal administré et souffrir de cette concurrence toujours potentielle et parfois effective. Il est donc nécessaire, par souci d'efficacité, d'aménager ce pouvoir, de le concentrer. Cet aménagement a pour effet d'accentuer davantage la dissociation entre propriété et pouvoir.

256- Il importe, d'abord, de décrire le nouveau mode de détention du patrimoine que met en place la technique sociétaire (section 1). Il résulte du remplacement des biens composant le patrimoine par des valeurs sociétaires, qui confèrent un pouvoir sur le patrimoine affecté à la société et non plus un droit de propriété. Il convient, ensuite, de décrire

¹⁰ La force de l'écran est d'ailleurs parfois utilisée pour contourner des règles impératives. Tel est le cas de certaines règles concernant les régimes matrimoniaux (qualification de biens propres concernant les biens indivis en régime légal, acquisition en cours de divorce) ou le régime des incapables. V. sur ces points, *supra* n° 74. La société est un mode de détention du patrimoine qui affranchit les associés du respect de certaines règles protectrices des seules personnes physiques. La force de l'écran social se manifeste aussi de cette manière.

¹¹ Il y a là une véritable spécificité de ce mode de détention. Ainsi, contrairement à la banalisation qui en est faite, choisir entre une SICAV ou un F.C.P. implique également des règles juridiques propres, qui s'émancipent de la dimension financière du placement. V. également en ce sens : AULAGNIER (J.) La gestion de patrimoine. Synthèse du droit et de la finance. Art. préc.

¹² DEPONDT (A.) et FERNOUX (P.) La société civile de portefeuille. Dr. et patrimoine ? octobre 1995, p. 51.

¹³ Dans une perspective plus économique, on parlerait volontiers de gestion.

¹⁴ Par rapport à la fiducie romaine, l'intérêt de la technique sociétaire est « d'autonomiser » le patrimoine et de le mettre ainsi théoriquement à l'abri des créanciers de l'administrateur. Dans la fiducie romaine, les biens objets de la fiducie sont intégrés au patrimoine du bénéficiaire. V. sur ce point, CROCQ (P.) *Op. cit.*, n° 212, p. 170.

les aménagements du pouvoir que permet la technique sociétaire (section 2). Ces mêmes valeurs sociétaires présentent alors des capacités d'adaptation particulièrement étonnantes pour l'exercice du pouvoir.

SECTION 1

Un mode nouveau de détention du patrimoine

257- Organiser la détention d'actif par la voie sociétaire a pour effet de partager entre plusieurs l'utilité du patrimoine qui lui est affecté (paragraphe 1). C'est un des moyens d'accomplissement de la finalité de la société. Il se réalise grâce à la substitution d'un pouvoir sur le patrimoine à ce qui était, avant la mise en société, un droit réel (paragraphe 2). Ce pouvoir suit le sort du patrimoine : il est partagé et subit la concurrence.

Paragraphe 1 - Le partage de l'utilité économique du patrimoine

258- L'effet de la mise en société est d'obtenir, sur un même patrimoine, une répartition de son utilité entre plusieurs¹⁵. Elle participe ainsi de toutes les techniques juridiques qui permettent à une personne juridique d'user d'un bien sans en être propriétaire¹⁶. L'apport à la société d'un élément du patrimoine a donc un double effet. Tout d'abord celui de passer d'une propriété individuelle à un mode de détention collective (A). Ensuite, celui de conférer à autrui une « autorité » sur un bien qui ne lui appartient pas, qu'il importe de qualifier juridiquement (B).

A – D'une propriété individuelle à une détention collective

259- Les liens juridiques unissant patrimoine et propriété sont complexes. La notion de patrimoine est née bien après l'affirmation de la propriété individuelle, et mêle tout à la fois

¹⁵ Ainsi le paradigme utilitariste envahit une nouvelle fois le droit des sociétés. V. MELKEVIK (B.) Utilitarisme et droit, Jeremy Bentham et John Stuart Mill. In *Horizons de philosophie du droit*. L'Harmattan, 1998, p. 57 et s., et notamment les développements sur Bentham et la logique de l'utilité.

¹⁶ C'est le cas de la technique conventionnelle du bail par exemple. Certaines techniques légales permettent également ce partage de l'utilité d'un bien, comme le nouveau droit au logement bénéficiaire au conjoint survivant prévu aux art. 763 et 764 C. civ. L'indivision, les servitudes ou la constitution d'usufruit sont également des modes d'attribution concurrente des biens.

les concepts de propriété, de contrat, de responsabilité, de personne¹⁷. Le dénominateur commun est le bien. Le bien est tout élément du patrimoine¹⁸. Son rattachement à la personne se fait grâce au concept de propriété.

260- La propriété est un concept à forte charge idéaliste¹⁹. Notre Code civil en fait dans l'article 544 un droit subjectif, individuel et absolu, relayé en ce sens par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui classe la propriété parmi les droits naturels et imprescriptibles de l'homme et qui en fait un droit « inviolable et sacré » dans son article 17. Cette conception du droit de propriété subsiste au fil des années²⁰. Il reste l'expression de l'individualisme. C'est là une conception moderne du droit de propriété et historiquement, cette vision ne s'est pas toujours imposée²¹. La propriété privée n'était pas un droit naturel, mais le résultat des lois et de la construction sociale. L'état naturel des choses s'en remettait donc à une forme d'appropriation commune des biens²².

On serait donc passé du collectif à l'individuel. Cette thèse (défendue par certains sociologues²³, fait toutefois l'objet de vives critiques. La thèse inverse démontre que face à un besoin de protection accrue, les regroupements se sont formés afin de garantir l'exercice d'une propriété individuelle. Il s'agirait ainsi de socialisation progressive du droit de propriété²⁴.

261- Quelle que soit l'approche de la propriété, le principe édicté par le Code civil reste peu affecté. L'interaction de la propriété et du collectif ne se fait toujours que dans un cadre réglementé. La notion de propriété semble d'ailleurs désincarnée de son objet pour devenir une technique ou un principe directeur. Elle est toujours « définie, mise en œuvre, défendue ou combattue en oubliant qu'elle n'existe qu'en situation »²⁵. Le partage de l'utilité

¹⁷ En ce sens : ATIAS (Ch.) *Philosophie du droit*. PUF, 1999, p. 215.

¹⁸ L'acception la plus large du mot *bien* est retenue, comprenant non seulement les choses corporelles mais également les droits portant sur ces choses auxquels s'ajoutent les droits de créance dont une personne peut être titulaire. Le Petit Robert, v° bien, sens 2.- Vocabulaire juridique Capitant, *Op.cit.*, v° bien, sens 2.

¹⁹ OPPETIT (B.) *Philosophie du droit*. Dalloz, 1999, n° 112 et s. à propos de l'Antiquité et de la pensée chrétienne.- V. encore : TERRE (Fr.) et SIMLER (Ph.) *Les biens*. Dalloz, 2002, n° 64.- ZENATI (F.) et REVET (Th.) *Les biens*. PUF, 1997, n° 112.

²⁰ Elle est même renforcée par la protection accrue assurée à des biens dont l'utilité était jusqu'alors peu reconnue. C'est le cas des biens meubles. La propriété mobilière a pris un essor considérable depuis la rédaction du Code civil.

²¹ ZENATI (F.) et REVET (Th.) *Op. cit.*, n° 113 et 114.

²² On remarquera même que les biens présentant une grande valeur et donc une utilité particulière faisaient l'objet dans l'Ancien Droit d'un système de propriété complexe : c'était le cas des immeubles. V. TERRE (Fr.) et SIMLER (P.) *Op. cit.*, n° 66.- PATAULT (A.-M.) *Introduction historique au droit des biens*. PUF, 1989, n° 51, s'agissant de la propriété communautaire.

²³ TERRE (Fr.) et SIMLER (Ph.) *Op. cit.*, n° 82.

²⁴ CARBONNIER (J.) *Flexible droit*. L.G.D.J., 1988, p. 345 à 361.

²⁵ ATIAS (Ch.) *Philosophie du Droit*. *Op. cit.*, p. 217.

économique d'un bien est donc à maintes reprises reconnu comme nécessaire et ne conduit qu'à un aménagement de la propriété. Des techniques juridiques en précisent les modalités. A titre d'exemple, il est possible de citer l'indivision²⁶, la copropriété, les démembrements de propriété et même la servitude, qui, pour certains, confèrent à plusieurs l'usage d'un bien²⁷. Ces techniques affectent directement le droit réel. Il est d'autres techniques qui par le biais de droit personnel, permettent le partage de l'utilité d'un bien. La technique sociétaire en est un exemple.

262- Tant que le bien est dans le patrimoine de la personne, et avant que son affectation à la société soit décidée, le bien est la propriété²⁸ de cette personne, physique ou morale. Elle seule a la faculté d'en retirer toutes les utilités économiques, elle dispose d'un droit de propriété, qui est la technique de base liant les personnes à toutes les formes de biens²⁹. Conformément aux caractères de la propriété³⁰, elle dispose d'une propriété exclusive, absolue et perpétuelle sur le bien. Elle est, seule, maître de son bien. Une fois apporté à la société, le bien entre dans le patrimoine de la personne morale qui détient à son tour, soit des droits sur une chose, soit des droits de créance (du moins tant que la personnalité morale survit). Jusque là, la technique sociétaire ne heurte pas le concept de propriété et notamment son caractère exclusif. Le bien reste la propriété privée d'une personne. Mais son utilité va profiter à plusieurs autres personnes par le truchement de la technique sociétaire.

263- La personnalité morale est une technique permettant une répartition égalitaire et organisée de l'utilité d'une chose entre plusieurs personnes³¹. Le groupement va bénéficier tout entier du patrimoine qui lui est affecté. C'est une dimension collective du profit retiré des biens. La technique sociétaire partage l'utilité des biens d'une manière identique à ce que certaines créations législatives font dans d'autres situations. On peut ainsi en comparer les

²⁶ Sur les ressemblances entre ces deux institutions qui ne résultent pas que de leur effet identique : l'appropriation collective, v. SAINT-ALARY-HOUIN (C.) Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil. R.T.D. com. 1979, p. 645.- V. encore : TESTU (F.-X.) Indivision. Rép. civ. Dalloz, n° 62 et s.

²⁷ Dans le même ordre d'idée, la fiducie, non encore accueillie par le droit français, mais apparaissant de manière détournée à maintes reprises (CROCQ (P). *Propriété et Garantie*. L.G.D.J., 1995, p. 22 et s.) pourrait favoriser ce partage de l'utilité économique d'un bien.

²⁸ Le mot « propriété » est pris alors dans son sens objectif.

²⁹ ZENATI (F.) et REVET (Th.) *Les biens*. Op. cit., n° 89.

³⁰ Le mot est pris au sens subjectif cette fois, c'est à dire le pouvoir exclusif sur un bien.

³¹ En ce sens, ATIAS (Ch.) *Droit civil, les biens*. Litec, 2002, n° 79. L'auteur classe la personnalité morale parmi les formes d'attribution concurrente de droit sur un bien.

effets aux régimes juridiques qui s'appliquent à certains biens détenus par des époux³², voire aujourd'hui, au régime d'indivision qui s'impose aux signataires d'un PACS³³.

264- Evidemment, il est possible de discuter une telle vision de la technique de la personnalité morale. Plus particulièrement, s'agissant de la technique sociétaire, le partage de l'utilité d'un bien n'est pas toujours le principal objectif des sociétés³⁴. La technique sociétaire est souvent employée à d'autres desseins tel que l'organisation d'une entreprise. Toutefois, dans cette hypothèse, le partage de l'utilité économique d'un bien par le groupement est le support nécessaire, qui constitue souvent le moyen, l'instrument de la poursuite de leur objectif. Il s'agit donc plus d'un effet systématique que d'un objectif, et cet effet doit être mis en avant et non négligé. Il est un atout de la grande fonctionnalité de la société, qui s'affirme comme un mode de détention spécifique et collective du patrimoine.

265- Un exemple éloquent est constitué par la société coopérative dont les règles particulières accentuent la transmutation qu'opère la technique sociétaire par rapport à la détention directe à l'égard du patrimoine. La détention collective se double de plus d'une structuration spécifique du pouvoir, puisque la participation financière du salarié dans la société réorganise les modèles classiques de propriété de l'entreprise³⁵. Il n'y a qu'un pas pour y voir un moyen pour les salariés de devenir « propriétaires de leur instrument de travail³⁶ ».

³² Notamment en régime de communauté légale. A une certaine époque, il a été discuté de l'intérêt de reconnaître la personnalité morale à la communauté de biens entre époux. Cette théorie, initiée avec beaucoup de nuance par le Doyen Carbonnier (*Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux, 1932) est aujourd'hui défendue par Gérard CORNU. *Régimes matrimoniaux*, PUF, 1997, p. 248. Pour une présentation de l'état du droit positif sur la question, v. FLOUR (J.) et CHAMPENOIS (G.) *Les régimes matrimoniaux*. Armand Colin, 2001, n° 249.

³³ Le nouvel article 515-5 al. 2 du Code civil dispose que les biens dont les « partenaires deviennent propriétaires à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte sont présumés indivis par moitié si l'acte d'acquisition ou de souscription n'en dispose autrement ». Les relations patrimoniales ainsi imposées aux partenaires présentent toutefois les inconvénients liés à l'indivision. Au premier rang se situe l'obligation d'agir d'un commun accord (art. 815-3 du Code civil). La comparaison avec la technique sociétaire s'impose et l'on peut se demander s'il n'est pas préférable de constituer une société civile de portefeuille afin de faciliter la gestion du bien plutôt que de laisser un tel régime s'imposer. La gestion sociétaire se substituerait favorablement au régime d'indivision imposé par le PACS. La société se trouve également être la traduction la plus fidèle de la notion de « portefeuille de valeurs mobilières » en tant qu'universalité. Pour l'hypothèse flagrante des valeurs mobilières, v. HOVASSE (H.) *PACS et portefeuille de valeurs mobilières*. Rev. dr. banc. mai-juin 2000, p. 188. Pour écarter le régime d'indivision, il faudrait qu'à chaque ordre de bourse passé au banquier, le partenaire précise qu'il entend écarter la présomption d'indivision ! La présomption d'indivision s'appliquera aux comptes titres à un tel point que le banquier de son côté, saisi par un ordre de vendre, devra s'enquérir de l'accord du partenaire. Il s'agit d'un régime à la fois fâcheux pour la rapidité des transactions et pour leur sécurité. Cette situation doit être comparée à celle des époux communs en biens. Le constat s'impose. Un individu est moins libre « pacsé » que marié !

³⁴ ATIAS (Ch.) *Droit civil, les biens*. Op. cit., n° 80-b.

³⁵ Ce même atout profite à l'actionnariat salarié.

³⁶ Un système de détention collective de l'entreprise est notamment plébiscité comme un moyen de réguler les conflits d'intérêts entre actionnaires et salariés. C'est oublier un peu vite que propriété et décision ne sont pas

266- Dans le même ordre d'idée, parfois, des éléments patrimoniaux ne peuvent plus rester la propriété d'un seul. La technique sociétaire permet alors d'alléger le coût de la maîtrise d'un patrimoine en faisant intervenir d'autres personnes. Tel est le cas du G.F.A. Cette société civile à statut particulier a été créée avec pour objectif d'alléger les charges que représentait le foncier pour l'exploitant agricole, lui dégageant ainsi des marges d'investissement productif. Il s'agit d'une logique de détention collective d'un patrimoine. La mise à disposition du patrimoine au profit d'un seul se concrétise dans cette hypothèse par un bail. L'utilité financière de cette détention se traduit par le loyer que recueille le G.F.A. à titre de revenus.

Les sociétés civiles de moyens évoquent également la mise en commun des moyens utiles à l'exercice d'une profession. Le patrimoine passe en détention collective, son utilité se trouve ainsi partagée entre tous.

267- La mise en société fait plus que conférer l'utilité d'un bien à un groupement. Cette vision collective est une première étape, qui doit être dépassée. Du point de vue des associés, la technique sociétaire s'envisage non seulement comme un mode de détention collective du patrimoine mais aussi comme un moyen de détenir une prérogative sur le patrimoine d'autrui.

B – La substitution d'un pouvoir à un droit réel sur le patrimoine

268- L'interposition de la société entre le titulaire initial du patrimoine et les biens le composant modifie la nature du lien entre le détenteur et le patrimoine. S'agit-il encore de droits ? Dans cette hypothèse, il faudrait alors considérer qu'il s'agit de droits sur le patrimoine d'autrui : celui de la société (1). Il s'avère toutefois que le seul lien que l'on puisse établir repose sur la notion de pouvoir (2).

1 - L'hypothèse de droits sur le patrimoine d'autrui

269- Aussi exclusif que puisse paraître le droit de propriété, la possibilité de détenir sur le patrimoine d'autrui un droit est une réalité. La plupart du temps sa finalité est de conférer à

forcément liées en droit des sociétés. Le pouvoir peut être en partie détaché de la propriété. Si les salariés acquièrent la propriété de leur outil de travail, ils n'acquièrent pas forcément du pouvoir.

autrui une part de l'utilité d'un bien. Ces droits sur le patrimoine d'autrui peuvent emprunter différents canaux : droit des biens ou droit des contrats. Il s'agira donc tantôt de droit réel, tantôt de droit personnel. Un auteur a mis en lumière récemment les droits réels permettant de disposer du bien d'autrui qui contribuent à éclairer la distinction entre droit de propriété et droits réels³⁷. Les droits personnels permettent également d'appréhender le patrimoine d'autrui. Le droit personnel (ou droit de créance) se définissant comme un rapport de droit entre deux personnes³⁸, il ne s'agit donc pas d'affirmer qu'un droit personnel puisse s'établir entre une personne et un patrimoine, mais de relever que le patrimoine peut être appréhendé en obligeant son titulaire. Un droit personnel s'établit donc entre un créancier et un débiteur, et son objet réside dans l'appréhension du patrimoine de ce dernier³⁹. Ce double canal s'illustre très bien en droit des sûretés, lesquelles confèrent tantôt un droit personnel tantôt un droit réel mais dont la finalité est toujours d'avoir une emprise sur un bien ou une masse de biens.

270- La technique sociétaire confère-t-elle des droits sur le patrimoine d'autrui ? Le raccourci est tentant. Il est vrai que voir dans certaines situations juridiques une société créée de fait permet de réclamer des droits dans la liquidation de cette dernière. L'hypothèse peut être illustrée par l'abondant contentieux existant entre d'anciens concubins, notamment lorsqu'il existait une exploitation en commun d'un fonds de commerce. La reconnaissance de l'existence d'une société créée de fait conduit l'un des concubins à obtenir des droits sur un bien ne lui appartenant pas. Le cas a été présenté aux tribunaux concernant une acquisition immobilière. Lors de l'appropriation privative d'un immeuble par l'un des partenaires, rien ne s'oppose à l'existence d'une société créée de fait si les conditions sévères de la qualification sont réunies⁴⁰. La nature de ces droits doit toutefois être tempérée. Il ne s'agit pas d'un droit réel sur le bien d'autrui, puisque la société créée de fait n'a pas la personnalité morale. Il n'y a pas de patrimoine d'autrui⁴¹.

³⁷ LOTTI (B.) *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte (contribution à la distinction de la propriété et des droits réels)*. Thèse Paris XI, 1999.- V. également dans le même ordre d'idée, le pouvoir de l'usufruitier sur le portefeuille de valeurs mobilières.

³⁸ *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, *Op. cit.*, v° obligation.

³⁹ Un bail permet par exemple d'appréhender le patrimoine d'autrui. Un droit personnel s'instaure entre bailleur et locataire. Le locataire a un droit de créance contre le bailleur, ce droit consiste à jouir paisiblement du local appartenant au bailleur.

⁴⁰ V. Cass. civ. 1^{re}, 11 février 1997. Bull. Joly 1997, § 189, p. 472, note VALLANSAN (J.)- Cass; com. 7 avril 1998. Bull. Joly 1998, § 256, p. 792, note DEREU (Y.)

⁴¹ Les sociétés créées de fait résultent de comportements de personnes qui, sans en être conscientes, se sont comportées entre elles et ont agi à l'égard des tiers comme de véritables associés. Elles n'ont pas la personnalité morale, puisqu'aucune démarche de constitution n'a été entreprise par les associés.- V. BOUTRY (C.) L'absence

271- Si le bien est entré dans le patrimoine de la société, la société en est propriétaire. On ne peut pas faire abstraction de la personnalité morale et reconnaître aux associés la possibilité d'appréhender le patrimoine de cette dernière⁴² : ils n'ont aucun droit réel sur le patrimoine de la société⁴³. Cela résulte directement de l'autonomie patrimoniale que confère la personnalité morale à la société. De même, capital et patrimoine de la société ne se confondent pas⁴⁴. Le capital social représente en fait le montant des apports mis à la disposition de la société par les associés. Il constitue le gage des créanciers de la société. Les associés n'ont pas plus de droit réel sur le capital social, que sur le patrimoine social. Il n'y a aucun lien direct entre les associés et le capital de la société. Ils n'ont que des droits sociaux *représentatifs* du capital de la société.

272- En revanche, les associés ont un droit sur la société, qui consiste à se faire attribuer en cas de dissolution de la société, une quote-part de ce patrimoine à travers le *boni* de liquidation, quote-part proportionnelle à leur participation dans le capital de la société. Des difficultés de qualification de ce droit sont nées car il ne s'agit là que d'une vocation à recevoir une quote-part du patrimoine de la société, non d'un véritable droit. La plupart des auteurs⁴⁵ se sont ralliés à la qualification de droit de créance d'un type particulier. Il ne peut s'agir d'ailleurs d'un droit sur le patrimoine d'autrui, puisque la société étant par définition dissoute, il n'y a plus « d'autrui » et donc plus de patrimoine à proprement parler. Les droits de l'associé sur les biens compris dans la masse à liquider ne se justifient que parce qu'il n'y a plus de société.

de personnalité morale dans les sociétés, J.C.P. éd. E 2001, p. 310.- DEREU (M.) Qualification de société créée de fait. Bull. Joly 1998, § 204, p. 607.- MAUBRU (B.) Société créée de fait entre époux. In *Mélanges Derrupé*. *Op. cit.*, p. 275.

⁴² Les conditions posées à la disposition du patrimoine social explicitent parfaitement que les associés n'ont individuellement aucun droit réel sur ce patrimoine. S'agissant des pouvoirs des dirigeants dans les sociétés à risque illimité, par exemple, le dirigeant a le pouvoir, à l'égard des tiers, de réaliser les actes entrant dans l'objet social ou les actes de gestion dans l'intérêt de la société. Il est seulement possible d'aliéner un actif du patrimoine de la société si les statuts l'autorisent ou si le dirigeant jouit d'une délégation de pouvoir des organes sociaux.

⁴³ Les associés ne sont pas « copropriétaires du patrimoine social » contrairement à l'idée répandue dans le grand public. V. en ce sens DELGA (J.) *Droit des sociétés*. Dalloz, 1998, p. 80.- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Traité de droit commercial. Tome 1, volume 2. Op. cit.* n° 1147.- En droit anglais au contraire, certaines sociétés (*trust, non-trading property, ...*) s'apparentent à une forme de copropriété.

⁴⁴ V. notamment : COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 303.- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Traité de droit commercial. Tome 1, volume 2. Op. cit.*, n° 1056-56.- MERLE (Ph.) *Op. cit.*, n° 91.

⁴⁵ V. en particulier : RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Traité de droit commercial. Tome 1, volume 2. Op. cit.*, n° 1081.- COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 553 : « Le *boni* de liquidation représente le dernier dividende que percevront les associés ».

273- La question peut se poser de savoir si la technique sociétaire ne procure pas un droit personnel à l'associé à l'encontre de la société lui permettant d'en appréhender le patrimoine. Dans ce cas, la technique sociétaire conférerait à l'associé des droits indirects sur le patrimoine d'autrui. En obligeant la société, l'associé pourrait personnellement user du patrimoine de la société. C'est poser en réalité la question de ce que confère la détention d'une part sociale ou d'une action : que sont les *droits sociaux* ?

En effet, le lien établi entre l'associé et la société est traduit par cette part ou action. Leur qualification de meuble est peu discutée⁴⁶, mais leur nature est débattue. Sont-ils des droits de créance ou des droits réels ? Les auteurs sont divisés⁴⁷. Ce débat est le signe du malaise que suscite le droit des sociétés, malaise né de son évolution et notamment de l'utilisation de la société comme une technique.

274- Il semble qu'il faille aborder les droits sociaux à l'instar de la propriété tantôt dans leur dimension objective, tantôt dans leur dimension subjective.

Les droits sociaux dans leur dimension subjective représentent le lien personnel qui s'instaure entre l'associé et la société. Ils confèrent donc des droits de créance à l'associé, patrimoniaux et extra-patrimoniaux⁴⁸. L'associé a droit à une part sur les résultats et une quote-part du patrimoine social à la liquidation. Il a également un droit de communication de certains documents relatifs à la vie de la société, il a un droit de contrôle et de décision qu'il exprime par son droit de vote.

275- Dans leur dimension objective, les droits sociaux acquièrent une valeur propre, et il est possible dans un premier temps d'affirmer qu'ils constituent un bien sans pour autant régler le problème de la nature des actions ou des parts sociales. En effet, il est aujourd'hui

⁴⁶ RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Op. cit.*, n° 1082.- Si sa qualification de meuble ne pose pas de problème en application de l'article 529 du Code civil, son incorporelité est discutée. V. sur ce point les articles de D.R. MARTIN (Valeurs mobilières : défense d'une théorie. D. 1991, chron., p. 1228 ; De l'inscription en comptes d'actifs scripturaux. D. 1998, chron., p. 15 ; De la nature corporelle des valeurs mobilières. D. 1996, chron., p. 47). La thèse de la corporelité semble toutefois difficilement défendable. La corporelité de cette valeur sociétaire n'existe pas, il s'agit bien d'un droit intellectuel et abstrait. L'écriture scripturale n'est qu'un moyen de preuve.

⁴⁷ V. RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Op. cit.*, n° 1081 : les associés « sont créanciers de la société ».- *Adde* : Certains auteurs classent l'action dans la catégorie des contrats négociables. V. notamment : CAUSSE (H.) *Les titres négociables. Essai sur le contrat négociable*. Thèse Montpellier, 1993.

⁴⁸ Cette référence au droit de créance permet de fédérer sous une nature unique l'ensemble des valeurs mobilières. V. sur ce point LUCAS (F.-X.) Retour sur la notion de valeur mobilière. Bull. Joly 2000, §185, p. 765, n° 12 et s.

établi que le droit de créance est un bien évaluable et susceptible de transfert⁴⁹. Démontrer que le droit de créance a une valeur patrimoniale n'est pas remettre en cause la distinction droit personnel et droit réel, c'est la nature du lien entre le titre et le détenteur qui doit être étudiée. Les droits sociaux sont plus complexes car ils supposent des droits et des devoirs. Dans cette optique, il est possible de se demander si on ne dépasse pas le droit de créance pour aboutir à un véritable contrat, qui serait négociable, transmissible⁵⁰. Le bien de l'actionnaire serait un contrat.

276- Mais force est de constater qu'en devenant un bien susceptible d'appropriation, les droits sociaux semblent s'émanciper en une valeur autonome, se dégageant du lien d'obligation, du droit de créance. La spécificité de ces biens conduirait à une nouvelle qualification : les valeurs sociétaires. Il ne s'agit pas seulement d'un lien d'obligation valorisé. La seule qualification de droit de créance reflète mal la réalité. Dans leur dimension objective, le titulaire détient directement un droit sur une chose dont les titres sociaux sont représentatifs, sans intermédiaire⁵¹. La personne morale ne fait aucune interférence et ceci d'autant plus lorsqu'il s'agit d'actions librement négociables. Le titre social a une valeur intrinsèque⁵² ; son titulaire détient au moins un droit réel⁵³ si ce n'est un droit de propriété⁵⁴ sur cette valeur qu'il peut céder facilement⁵⁵. Or c'est bien un droit de propriété qui s'établit sur le titre, avec son lot de conséquences⁵⁶. Ce droit de propriété porte sur une valeur abstraite, immatérielle, sur un bien incorporel, qui n'a aucun lien avec le patrimoine de la

⁴⁹ V. par ex. ATIAS (Ch.) *Droit civil, les biens Op. cit.*, n° 23.

⁵⁰ V. CAUSSE (H.) *Op. cit.* Affirmer que l'action est un contrat négociable semble toutefois critiquable car elle ne cadre pas avec le caractère dynamique de l'action, qui doit circuler facilement. Or un bien circule mieux qu'un contrat. V. en ce sens, LE C'ANNU (P.) *Colloque « qu'est ce qu'un actionnaire ? »* Rev. sociétés 1999, p. 519 et s.

⁵¹ Comp. ATIAS (Ch.) *Op. cit.*, n° 43 : un droit réel est un pouvoir direct sur la chose.

⁵² Le titulaire du titre social est bien propriétaire d'une valeur. V. notamment en ce sens : MERLE (Ph.) *Op. cit.*, n° 278.- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Op. cit.*, n° 1083.- COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.) *Op. cit.*, n° 395.

⁵³ Il convient ici de préciser que la personnalité morale de la société faisant écran, aucun droit réel direct sur le capital de cette dernière n'est envisageable (v. *contra* MARTIN (D.R.) *Valeurs mobilières : défense d'une théorie*. D. 2001, chron., p. 1228, qui balaye la personnalité de la société avec panache, mais peu de justifications). On ne peut envisager de droit réel que sur le titre social lui-même.

⁵⁴ V. également : LE C'ANNU (P.) *L'acquisition de la qualité d'actionnaire* Rev. sociétés 1999, p. 519 et s., notamment n° 7 : l'action est la propriété de l'actionnaire, il a un droit de disposer du titre, droit essentiel du droit boursier.

⁵⁵ On remarquera qu'il n'y a aucune formalité analogue à celles de la cession de créance prévue pour un titre social négociable.

⁵⁶ ATIAS (Ch.) *Op. cit.*, n° 45 et s. (régime)

société et se distingue nettement de ce dernier⁵⁷. Cette qualification de droit de propriété sur les « droits sociaux » semble s'imposer et ne va pas à l'encontre de la théorie de l'incorporalité. La difficulté à concevoir un droit de propriété sur un meuble incorporel vient de la confusion opérée entre le droit de propriété et son objet. Réduire le droit du titulaire des « droits sociaux » à un simple droit réel est insatisfaisant, car les droits réels confèrent des pouvoirs soumis à la concurrence. Au contraire, le droit conféré est un droit immédiat et direct. Des dividendes sont perçus. Il s'agit d'un droit absolu s'opposant à tous et disposant d'un droit de suite (nantissement, gage⁵⁸). Les valeurs sociétaires sont susceptibles d'être soumises à des droits démembrés⁵⁹. Ils représentent plus qu'une simple prestation due. Leur négociabilité, qui peut être extrême, fait de la personne morale autre chose qu'un obligé. La cause de l'acquisition de parts ou actions est toute subjective. La personne morale/société devient un des motifs déterminants et non pas l'objet du contrat⁶⁰. Force est donc de constater que le titulaire dispose d'un droit de propriété sur des valeurs sociétaires. La technique sociétaire impose de reconnaître la spécificité de ces droits « de nature spéciale »⁶¹.

277- La technique sociétaire ne défie donc pas directement la théorie juridique. Le droit de propriété reste un droit subjectif : attaché à une personne. Le bien passe de la propriété de l'apporteur à celle de la société, personne morale. Mais cet apport confère en contrepartie des valeurs sociétaires à l'apporteur. Les biens, qui sont la propriété de la société, ne deviennent pas la propriété des associés. Ils ne sont pas non plus des composants de ces mêmes valeurs sociétaires, qui restent des droits abstraits et immatériels. Le lien de droit découvert, s'analysant en un droit de propriété, porte sur la valeur sociétaire et non sur le patrimoine de la société.

⁵⁷ Cette indépendance se traduit également dans le mode d'évaluation de la valeur sociétaire. Les éléments entrant dans le calcul sont divers et pas exclusivement attachés à la société. Ainsi, à l'évaluation de l'actif social et la potentialité de la société s'ajoutent des paramètres externes comme le jeu de l'offre et la demande, etc. V. *infra* chapitre 2, n° 461 et s.

⁵⁸ DELEBECQUE (Ph.) Nantissement et saisie. Rev. sociétés 1999, p. 599.- CHASSERY (A.) Le nantissement des parts sociales. R.T.D. com. 1977, p. 435.

⁵⁹ PACLOT (Y.) Remarques sur le démembrement de droits sociaux. J.C.P. éd. E 1997, I, 674.

⁶⁰ On pourrait parler d'*intuitus societatis*. Dans des contrats d'affaires, tels qu'un contrat de concession, sont apparues des clauses d'*intuitus societatis*, qui sont la transposition de l'*intuitus personae* à la société. Elles sont validées par la jurisprudence qui contrôle toutefois le caractère abusif de leur exercice. V. sur ce point : PRIETO (C.) *La société contractante*. Op. cit., n° 682 et s.- Pour une analyse brève de ces clauses, v. COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) Op. cit., n° 263.

⁶¹ TERRE (Fr.) et SIMLER (Ph.) *Les biens*. Op. cit., n° 38.

2 - L'hypothèse d'un pouvoir sur le patrimoine d'autrui

278- Le droit de propriété sur les valeurs sociétaires (dimension objective de la participation) justifie l'établissement de droits sociaux accessoires (dimension subjective de la participation), entre l'associé et la société.

C'est donc seulement dans une dimension subjective que l'on pourrait découvrir dans les valeurs sociétaires une possibilité d'appréhender le patrimoine d'autrui. En obligeant la société, personne morale, il est possible d'acquérir un droit personnel et virtuel sur son patrimoine, comme toute créancier chirographaire qui dispose d'un droit de gage général sur le patrimoine de son débiteur. Ce faisant, on reste passif, dans l'attente du versement de sa prestation. C'est toutefois une vision trop réductrice de ce que confèrent les valeurs sociétaires. Au contraire, elles concrétisent plus qu'un simple droit de créance. Le détenteur de la valeur sociétaire dispose de moyens d'actions. Il est actif, il est l'un des acteurs de sa propre prestation⁶². Il est un artisan de la réalisation de bénéfices et donc du versement de dividendes. Les valeurs sociétaires procurent donc un pouvoir d'action sur la personne morale. Il ne s'agit plus d'un droit, mais d'un pouvoir sur le patrimoine d'autrui qui trouve sa source dans le lien personnel qui unit société et associé⁶³. Il s'agit bien là d'un pouvoir qui ne résulte pas des faits de la nature. C'est un droit qui lui donne son existence⁶⁴.

279- Il est désormais acquis que le pouvoir est une prérogative finalisée de décision pour autrui⁶⁵. Le pouvoir que l'on rencontre au sein des sociétés ne diffère pas de la définition posée. Le pouvoir au sein de la société s'inscrit dans la finalité sociale : réaliser des bénéfices ou des économies. L'intérêt recherché s'élargit nécessairement non seulement à la société elle-même, mais aussi à la globalité des associés. L'intérêt personnel n'est donc pas uniquement satisfait. Dans l'exercice de ce pouvoir, le titulaire doit donc respecter divers intérêts⁶⁶. Il exerce certes un pouvoir finalisé, mais pour autrui, ce qui explique la mise en place d'un

⁶² Au contraire du détenteur d'une obligation de société.

⁶³ En particulier dans le droit extra patrimonial que constitue le droit de vote ou encore le droit à l'information

⁶⁴ ATIAS (Ch.) *Philosophie du droit. Op.cit.*, p. 144 et s.

⁶⁵ C'est la définition posée par E. GAILLARD. *Le pouvoir en droit privé*. Economica, 1985, n° 255. L'auteur voit dans l'orientation du pouvoir vers un but, vers la satisfaction d'un intérêt, la différence essentielle par rapport au droit subjectif. L'auteur affirme toutefois que l'intérêt recherché ne se confond pas, même partiellement, avec celui du titulaire du pouvoir. Il s'agit donc d'une prérogative de décision pour autrui.

⁶⁶ V. art. PAILLUSSEAU (J.) *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?* D. 1999, chron., p. 157. L'exercice du pouvoir se confronte à la notion d'intérêt social, d'intérêt commun des associés, etc

contrôle⁶⁷. Le pouvoir que l'on détient sur le patrimoine par le biais d'une organisation sociétaire n'est donc pas différent du pouvoir tel qu'on le définit en droit privé. La décision de détenir un patrimoine organisé sous une forme sociale postule nécessairement la poursuite d'un but : une protection du patrimoine, une efficacité de sa gestion, un accroissement de sa valeur, etc. Cette recherche d'optimisation justifie le recours à la technique sociétaire et la substitution d'un pouvoir à un droit subjectif. Plus délicate est l'incursion d'éléments étrangers dans l'exercice de la prérogative. Le droit de propriété est quasi-absolu dans son exercice et ne souffre pas la concurrence. Il est exercé dans son propre intérêt sans avoir de comptes à rendre. Au contraire, le pouvoir suppose la poursuite d'un intérêt partagé par d'autres. Sur ce point, la société ne déroge pas et la manifestation de cette communauté d'intérêt réside dans le droit de regard des associés. On passe donc d'un droit quasi-absolu à un pouvoir qui est soumis à un contrôle, voire une remise en cause. Ce pouvoir se distingue nettement d'un droit subjectif⁶⁸, d'un droit de propriété. Il traduit un nouveau mode de détention du patrimoine.

280- Le lien entre l'associé et le patrimoine social s'analyse donc en un pouvoir finalisé s'exerçant pour autrui. L'associé exerce effectivement ses droits politiques non seulement pour lui mais également pour la société⁶⁹ qui ne peut d'ailleurs s'exprimer que par cette voie⁷⁰, à la différence d'une personne physique⁷¹. Il poursuit une finalité qui est la réalisation d'économies ou de bénéfices. La concurrence du pouvoir des associés sur le patrimoine social permet de s'interroger sur la nature du droit que la société exerce sur le patrimoine social.

⁶⁷ Comp. sur le principe de séparation des pouvoirs en droit constitutionnel, v. CHANTEBOUT (B.) *Droit constitutionnel*. Armand Colin, 2001, p. 100. Sur les contrôles mis en place en droit constitutionnel, le contrôle parlementaire : *ibidem* p. 499 et s., le contrôle constitutionnel : *ibidem* p. 42 et s.- La séparation des pouvoirs entre exécutif, parlementaire et judiciaire établit un jeu subtil de contre-poids. Elle est ainsi garante de la liberté politique. C'est la thèse de Montesquieu en 1748. V. FAVOREU (L.) et alii. *Droit constitutionnel*. Dalloz, 2001, n° 8.

⁶⁸ Qui est lui-même un pouvoir mais un pouvoir garanti par l'État, car conforme au droit objectif. V. CARBONNIER (J.) *Droit civil, introduction*. PUF, 1999, n° 163.

⁶⁹ Alors même que le règne du capitalisme patrimonial peut faire douter de la réalité de ces intentions. Les actionnaires n'exercent-ils pas finalement le pouvoir, dans certaines hypothèses, dans leur intérêt exclusif, cherchant à ce que seule la valorisation de leur participation soit favorisée ? v. *infra* seconde partie, titre premier.

⁷⁰ Ou bien « voix » si l'on fait référence au vote de l'associé...

⁷¹ V. toutefois l'opinion contraire de LEDOUX (P.) *Le droit de vote des actionnaires*. L.G.D.J., 2002. L'auteur refuse d'analyser le droit de vote comme un pouvoir, il considère en effet que le droit de vote est strictement exercé dans une optique individuelle. Cette analyse se justifie sans doute à la lumière des comportements actuels des actionnaires, mais elle ne résulte pas du droit des sociétés. Le droit est régulateur et doit suggérer des voies de vie en commun. Il ne semble pas opportun que l'associé, au moment de l'exercice du droit de vote, ne poursuive qu'un intérêt individuel, il doit justement avoir conscience du pouvoir qu'il exerce sur la société, personne morale, afin de se déterminer. C'est sur cette idée qu'est bâti le droit des sociétés, et pour cette raison, que le vote constitue un droit. Au moment de la constitution de société, il est certain que l'actionnaire poursuit un seul but individuel, mais une fois la société en fonctionnement, son vote est exercé en connaissance des différents intérêts en cause. Son comportement de vote peut alors, à son gré, continuer à poursuivre un but individuel ou prendre une dimension plus collective et responsable. Il faut donc distinguer entre le droit de vote et le comportement de vote.

Dispose-t-elle réellement d'un droit de propriété, absolu et exclusif ? Il est possible effectivement d'y voir une forme de démembrement du droit de propriété. Mais il n'y a pas constitution d'un droit réel au profit des associés ou actionnaires sur le patrimoine social. Ils n'ont qu'un pouvoir. En toute hypothèse, il est tentant de voir dans le droit de propriété de la société, un droit réduit à sa valeur économique. Le pouvoir d'engagement des biens de la société est aux mains des associés et s'exprime par le biais de leurs droits politiques. En cela, la technique sociétaire dissocie le pouvoir de la propriété⁷².

281- Les valeurs sociétaires confèrent un pouvoir sur le patrimoine de la société. Si ce pouvoir est justifié par le droit de propriété initial que détenait chaque apporteur sur un bien⁷³, il s'en distingue nettement. Le pouvoir permet d'agir sur un patrimoine. C'est un pouvoir de fait, une maîtrise matérielle du patrimoine qui découle des droits politiques⁷⁴ conférés par la part sociale ou l'action. Le vecteur de ce pouvoir de fait est donc la valeur sociétaire. Il suppose toutefois une concurrence de plusieurs parcelles de pouvoir et donc un partage non seulement de l'utilité du patrimoine⁷⁵ mais du pouvoir lui-même.

Paragraphe 2 - Le partage du pouvoir sur le patrimoine social

282- La mesure du pouvoir des associés s'apprécie difficilement de manière abstraite. Chaque cas d'espèce procure une configuration propre d'exercice du pouvoir. Mais une première évidence s'impose et nuance la portée du pouvoir individuel de chaque associé sur le patrimoine social : une inévitable concurrence s'instaure⁷⁶. Le pouvoir des associés réside primitivement dans les droits politiques que leur confèrent les valeurs sociétaires qu'ils détiennent. Dès lors qu'il ne s'agit pas d'une E.U.R.L. ou d'une S.A.S.U.⁷⁷, la pluralité

⁷² BERLE (A.A.) et MEANS (G.C.) *The modern Corporation and Private Property*. New York, MacMillan, 1932, 2ème éd., 1968.- V. Encore : GERMAIN (M.) Propriété et contrôle, introduction (juridique) à un débat. *Revue internationale de droit économique* 1990, p 261 et s.

⁷³ Ainsi, on peut dire que le droit des sociétés français reste fondé sur le droit de propriété. V. en ce sens : LE FEVRE (A.) La participation des salariés aux conseils d'administration ou de surveillance des S.A. *Rev. sociétés* 1987, p. 189 et s. L'auteur remarque que c'est certainement cet ancrage fort entre droit des sociétés, pouvoir et propriété qui explique les difficultés françaises à la participation des salariés à la gestion.

⁷⁴ Ces droits sociaux accessoires de la valeur sociétaire.

⁷⁵ On observera que dans tous les cas, même lorsqu'il s'agit d'une société unipersonnelle, la technique sociétaire a pour effet de partager l'utilité économique d'un bien entre plusieurs, puisqu'au cas d'une E.U.R.L. par exemple, l'utilité du patrimoine profitera à la fois à la société et à son associé unique.

⁷⁶ CONSTANTIN (A.) *Les rapports de pouvoir entre actionnaires*. Thèse Paris I, 1998.

⁷⁷ On associe également l'E.A.R.L. et la S.E.L.U.R.L. Ces formes de sociétés constituent la concentration la plus absolue du pouvoir.

d'associés postule donc un partage de ce pouvoir. Les associés se trouvent limités quant au champ d'exercice de leur pouvoir (A) et l'opportunité de renforcer leurs prérogatives politiques doit être relativisée (B).

A – Le cadre d'exercice limité du pouvoir des associés sur le patrimoine social

283- Les valeurs sociétaires sont représentatives d'une emprise sur le patrimoine de la société, puisque par ces droits, les associés vont « faire vivre » la société. Les choix politiques mettent en jeu directement ou indirectement le patrimoine de la société. Le patrimoine social peut être l'objet de la décision ou subir les retombées d'autres résolutions.

Les associés reçoivent des valeurs sociétaires à proportion de leur apport dans le capital social. Ces dernières, contrepartie d'un apport, attribuent la qualité d'associé ou d'actionnaire⁷⁸ et donc des droits politiques qui revêtent la forme d'un droit d'information et du droit de vote. La traduction sociale du pouvoir réside plus précisément dans le droit de vote de l'associé⁷⁹. Celui-ci confère le droit de participer à l'élaboration des décisions sociales⁸⁰. C'est un modèle d'exercice du pouvoir calqué sur les schémas constitutionnels des Etats⁸¹. Il s'agit d'une sorte de démocratie⁸². Le droit de vote est reconnu à tout associé aux termes de l'article 1844 du Code civil, mais les principes de base de la répartition du pouvoir ne sont pas d'ordre public et sont susceptibles d'importants aménagements. Traditionnellement, le capital social est la mesure de la répartition du pouvoir entre associés⁸³. C'est d'ailleurs

⁷⁸ VIANDIER (A.) *La notion d'associé*. L.G.D.J., 1978, p. 152 : l'apport donne notamment la qualité d'associé. A comparer à la situation des créanciers ou obligataires (p. 161).

⁷⁹ DAIGRE (J.-J.) *Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ?* J.C.P. éd. E. 1996, I, 575.- GERMAIN (M.) *Le droit de vote*. Petites Affiches 4 mai 2001, p. 9.

⁸⁰ L'efficacité de cette participation est subordonnée à la bonne information de l'associé concernant la marche des affaires. Les associés ou actionnaires doivent pouvoir disposer de toutes les informations nécessaires à un vote éclairé. L'information est particulièrement difficile dans les S.A. et il se développe en la matière une réglementation diversifiée. On voit ainsi se multiplier les formes de l'information (questions écrites, informations périodiques avant la tenue des assemblées, communications spéciales imposées aux sociétés cotées, etc.) V. notamment : BRUNET (A.) et GERMAIN (M.) *L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes*. Rev. sociétés 1985, p. 1 et s. S'agissant des lois du 28 octobre 1982, 1^{er} mars 1984 et 25 janvier 1985, v. spécialement, n° 15 et s. et 66 et s. pour l'information du comité d'entreprise, et n° 72 et s. concernant l'information des actionnaires.

⁸¹ V. notamment COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 392 : les auteurs évoquent l'associé « citoyen de cette cité qu'est la société ».

⁸² La démocratie se définit comme la doctrine politique d'après laquelle la souveraineté doit appartenir à l'ensemble des citoyens (Le Petit Robert, v° démocratie). En droit constitutionnel, elle désigne le régime politique dans lequel le pouvoir suprême est attribué au peuple qui l'exerce lui-même ou par l'intermédiaire de représentants qu'il élit. V. CORNU (G.) *Vocabulaire juridique*. *Op. cit.*, v° démocratie. *Adde* : VILLIERS (de M.) *Dictionnaire de droit constitutionnel*. Armand Colin, 2001, p. 80, v° démocratie.- ZOLLER (E.) *Droit constitutionnel*. PUF, 1999, n° 10 et s.- CHANTEBOUT (B.) *Droit constitutionnel*. *Op. cit.*, p. 16.

⁸³ Cette affirmation devant toutefois être nuancée par les nombreuses exceptions qui procèdent de l'aménagement des pouvoirs. V. *infra* n° 307. Il faut prendre en considération, par exemple, les actions à droit de vote double ou les actions sans droit de vote dans les S.A. Dans d'autres sociétés, certains apports comme

obligatoirement la règle de principe dans la S.A. en vertu de l'article L 225-122 du Code de commerce. Le vote peut toutefois se faire par tête selon une règle républicaine. C'est le cas dans les sociétés coopératives, les S.N.C., les sociétés civiles où la répartition du nombre de voix peut se faire par tête, à défaut de dispositions contraires dans les statuts. Ces groupements ne sont pas par essence capitalistiques.

284- L'associé exerce personnellement son droit de vote en assemblée générale⁸⁴, mais l'influence effective du vote est parfois limitée. La société opère en fait une « dépersonnalisation des associés »⁸⁵ particulièrement sensible dans les S.A.R.L. et les S.A. Les limites les plus importantes à l'exercice d'un pouvoir tangible sur le patrimoine résultent à la fois de la réalité de l'influence de l'assemblée et de la concurrence d'autres pouvoirs s'exerçant dans la société. Les associés ou actionnaires sont d'abord concurrencés par les dirigeants (1) avant de devoir s'exprimer dans une majorité (2).

1 - La concurrence du pouvoir des dirigeants

285- Juridiquement, les associés ont les pleins pouvoirs et déterminent les grandes orientations de la société⁸⁶. En effet, l'assemblée générale est l'organe de décision de la société et il émane de cette assemblée des délibérations, qui sont le fruit des votes des associés. Les dirigeants effectuent tous actes de gestion dans l'intérêt social⁸⁷.

L'influence de l'assemblée générale, comparativement au pouvoir de décision des dirigeants de société, est souvent amoindrie. Même si un certain nombre de prérogatives sont réservées par la loi aux associés ou actionnaires⁸⁸, il est indéniable que la position des

l'apport en industrie ne contribuent pas au calcul du capital social, mais confèrent un droit de vote. Il existe même des droits de vote multiples dans la S.A.S.

⁸⁴ Toutefois, il peut être substitué à la réunion des associés en assemblée, une consultation écrite dans les sociétés autres que par actions si les statuts le prévoient. Pour ces mêmes sociétés, l'article 1854 C. civ. prévoit qu'une décision peut résulter du consentement des associés exprimé dans un acte.

⁸⁵ LAMBERT-FAIVRE (Y.) *L'entreprise et ses formes juridiques*. R.T.D. com. 1968, p. 907 et s., spécialement p. 937.

⁸⁶ DELGA (J.) *Le droit des sociétés*. Dalloz, 1998, p. 195.- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Traité de droit commercial. Tome 1, volume 2. Les sociétés commerciales*. n° 1555 et s. s'agissant de la S.A.- MERLE (Ph) *Op. cit.*, n° 456.

⁸⁷ COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 354.

⁸⁸ Dans la S.N.C. par exemple, la loi reconnaît aux seuls associés le pouvoir d'approbation annuelle des comptes (art. L 221-7 C. com.) Ces attributions ne sauraient être réduites par l'acte de société.- V. encore s'agissant de la société en commandite, les pouvoirs incompressibles des associés s'agissant du changement de nationalité de la société ou de la modification des statuts à l'art. L 222-9 C. com.- V. les dispositions analogues des art. L 223-30 C. com. s'agissant de la S.A.R.L. et L 225-96 C. com. s'agissant des S.A.- Il faut noter que les statuts peuvent également expressément attribuer certaines prérogatives de décisions aux assemblées. Mais s'agissant des S.N.C.

dirigeants sociaux a évolué. Ils étaient initialement considérés comme des mandataires sociaux détenant leurs pouvoirs des associés. La loi du 24 juillet 1966 a modifié cette perception. Ils sembleraient désormais recevoir leurs pouvoirs davantage de la loi que des associés. Cette approche était sans doute influencée par l'assimilation de la société à une seule technique d'organisation de l'entreprise. En effet, dans l'entreprise l'approche managériale fut dominante ces dernières décennies. Elle a pour effet, s'agissant de la société, de laisser au second plan le rôle de l'assemblée générale des associés en faveur d'une reconnaissance large des pouvoirs des organes de direction et des dirigeants. Cette évolution du rôle des dirigeants contribua à l'augmentation de leur pouvoir, mais aussi de leur responsabilité, laquelle doit s'apprécier tant à l'égard des tiers, que des associés⁸⁹. C'est donc par le biais de la responsabilité que les associés retrouvent des prérogatives dans des domaines où la décision leur échappe désormais. La responsabilité est alors une pression et fait office de peine privée. Actuellement, on peut schématiser la répartition des pouvoirs dans les rapports entre les associés et les dirigeants. L'assemblée conserve ce qui lui est expressément réservé par la loi, comme par exemple la répartition annuelle des bénéfices, la nomination des organes⁹⁰, la modification des statuts, l'approbation des comptes annuels⁹¹. De la même manière, en aucun cas le dirigeant ne peut mettre fin à la vie de la société. La dissolution est décidée soit par les associés, soit judiciairement⁹². La décision d'une fusion appartient également aux seuls associés de chacune des sociétés concernées puisque la décision est prise dans les conditions requises pour les modifications des statuts⁹³. La loi du 15 mai 2001⁹⁴ a même étendu le domaine incompressible de pouvoir des associés concernant la S.A.S.⁹⁵.

par exemple, les décisions relatives aux actes d'administration qui seraient réservées aux associés, ne sont pas opposables aux tiers. Elles ne valent qu'à l'intérieur de la société.

⁸⁹ Les dirigeants ont indéniablement un devoir de diligence. V. s'agissant de la S.A. : SCHOLASTIQUE (E.) *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés*. L.G.D.J., 1998.- Mais également pour tous les dirigeants, les risques de révocation qu'ils encourent : BAILLOD (R.) *Le juste motif de révocation des dirigeants sociaux*. R.T.D. com. 1983, p. 396.- CAUSSAIN (J.-J.) *La précarité des fonctions de mandataire social*. Bull. Joly 1993, § 151, p. 523.- V. encore les facultés de révocation du dirigeant.

⁹⁰ Elle adopte à cet effet la forme d'assemblée générale ordinaire.

⁹¹ Elle adopte alors la forme d'assemblée générale extraordinaire.

⁹² Art. 1844-7 C. civ.

⁹³ V. sur le processus de décision d'une fusion : COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.) *Op. cit.*, n° 1728 et s.

⁹⁴ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001. Nouvelles régulations économiques.

⁹⁵ V. art. 227-9 C. com. modifié, spécialement l'alinéa 2 « Les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes, en matière d'augmentation, d'amortissement ou de réduction de capital, de fusion, de scission, de dissolution, de transformation en une société d'une autre forme, de nomination de commissaires aux comptes, de comptes annuels et de bénéfices sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés. »

286- Le sort du patrimoine social est hybride : dès lors que l'actif social n'empêche pas la poursuite de l'activité, sa cession relève des pouvoirs des dirigeants⁹⁶. L'assemblée générale n'a donc qu'une vocation réduite à prendre des décisions concernant l'utilisation du patrimoine social. Les associés ont en revanche un droit à demander des explications aux dirigeants. Ce sont les actions *ut singuli*⁹⁷ et *ut universi*⁹⁸. Mais elles ne traduisent pas un pouvoir sur le patrimoine social, tout au plus un droit à réparation. La faculté pour les associés de demander des comptes en se constituant partie civile dans le cadre d'une action en abus de biens sociaux, relève du même ordre d'idée. Le contre-pouvoir des assemblées d'actionnaires ou d'associés s'organise cependant peu à peu⁹⁹.

2 - L'exigence d'une majorité ou la loi de la majorité¹⁰⁰

287- L'assemblée représente le lieu d'exercice du droit de vote et donc du pouvoir. Au sein même de l'assemblée, plusieurs limites peuvent se dresser face à l'émergence d'un réel pouvoir des associés dans le processus de décision. Dans une S.A., l'article L. 225-112 du Code de commerce permettait, par exemple, de subordonner statutairement l'accès à l'assemblée à la détention d'un nombre minimal d'actions. Cette disposition a toutefois été abrogée par la loi N.R.E. du 15 mai 2001¹⁰¹. Dans les S.A. encore, le nombre de voix lui-même peut être limité par actionnaire¹⁰². Certains statuts prévoient ainsi un plafonnement des droits de vote¹⁰³.

⁹⁶ Cass. com., 1^{er} février 1994. Bull. Joly 1994, p. 390, note LAUDE (A.)

⁹⁷ CHESNE (G.) L'exercice *ut singuli* de l'action sociale dans la société anonyme. R.T.D. com. 1962, p. 347. L'action *ut singuli* est exercée par les associés à l'encontre des dirigeants ayant porté préjudice à la société. La réparation est demandée pour la personne morale. L'action est exercée au nom et pour le compte de la société.

⁹⁸ L'action *ut universi* a pour finalité d'assigner les dirigeants en justice pour une faute entraînant un préjudice pour la société. Les dirigeants sont toutefois peu enclins à provoquer cette action sociale qui est, en réalité, leur propre procès ! V. sur ces deux actions : COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 364 - Sur la subsidiarité de l'action sociale *ut singuli*, v. Cass. crim., 12 décembre 2000. Rev. sociétés 2001, p. 323, note CONSTANTIN (A.)

⁹⁹ V. *infra* n° 291 et s.

¹⁰⁰ V. DIDIER (P.) L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? C.D.E. 1994/5, p. 20 et s.- BOUCOBZA (X.) La loi de la majorité dans les sociétés de capitaux. In *Mélanges A.E.D.B.F. III*, 2001 sous la direction de VAUPLANE (H. de) et DAIGRE (J.-J.), p. 45 et s.

¹⁰¹ PELTIER (F.) La limitation du droit d'accès aux assemblées d'actionnaires. Bull. Joly 1993, § 323, p. 1107.

¹⁰² L'art. L. 125-25 C. com. prévoit cette possibilité dans les S.A., à la condition que la limitation touche toutes les actions sans distinction de catégorie.

¹⁰³ Cette règle favorise les petits actionnaires qui ne sont pas écrasés par les gros porteurs. Mais la C.O.B. n'est pas favorable à cette technique qui peut être une défense anti-OPA.- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Op. cit.*, n° 1567.

En théorie, le processus de décision au sein de l'assemblée est dit « démocratique »¹⁰⁴. Ainsi, si la décision concernant le patrimoine social appartient à l'assemblée générale, l'associé a un pouvoir par le biais de son droit de vote. Toutefois, les droits de vote à eux seuls ne suffisent pas. La société regroupe plusieurs associés qui ont vocation à exercer des droits similaires. Pour que le pouvoir soit effectif, il faut qu'ils rallient une majorité¹⁰⁵. Selon les cas, la majorité exigée sera simple, qualifiée ou unanime. En théorie, l'associé doit être majoritaire pour espérer exercer un pouvoir effectif sur le patrimoine. En pratique, cette application démocratique est faussée par un jeu de déséquilibre de détention des droits de vote. La possession d'un pourcentage réduit de droits de vote conduit parallèlement à l'émergence d'un pouvoir exorbitant. Cela est particulièrement révélé dans les sociétés cotées en bourse, où se conjugue à la faiblesse de certaines participations, un absentéisme important. Finalement, une minorité peut même emporter la décision. La question de savoir si les conditions de majorité ou de quorum peuvent être statutairement alourdies se pose. Sur cette question, la doctrine est majoritairement défavorable concernant les sociétés anonymes¹⁰⁶.

288- Le pouvoir sur le patrimoine susceptible d'être exercé par les associés est donc fortement conditionné. Outre la concurrence de la compétence des dirigeants et l'exigence d'une majorité, ce pouvoir ne peut être utilisé que conformément à l'intérêt social¹⁰⁷.

Il n'est pas tout de détenir des droits politiques, encore faut-il que ceux-ci puissent effectivement s'exercer. La souveraineté de l'assemblée peut s'avérer bien théorique. L'exercice d'un réel pouvoir sur le patrimoine social par les associés va donc largement dépendre d'autres facteurs. Doit-il exister des circonstances particulières qui rétablissent de manière effective le pouvoir de ces associés ? D'un point de vue plus général, on peut se demander s'il est opportun qu'ils retrouvent une certaine maîtrise du patrimoine social et un pouvoir réel sur la marche de la société.

¹⁰⁴ En la matière, on peut parfois douter que les associés ou actionnaires soient tous égaux dans une société. Sur le mythe de l'égalité des actionnaires, v. DIDIER (P.) Art. préc.- COURET (A.) Le harcèlement des majoritaires, Bull. Joly 1996, p. 112.- LUCAS (F.-X.) La réparation du préjudice causé par un abus de minorité en droit des sociétés, Petites affiches 12 septembre 1997, n° 110, p. 6.

¹⁰⁵ V. toutefois les pouvoirs des minoritaires : BORNET (J.-P.) Le pouvoir des sans pouvoirs ou comment s'organise le pouvoir des minoritaires, Petites affiches 17 mars 1995, p. 18.

¹⁰⁶ Sur la modification du quorum en général, v. RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Traité de droit commercial. Les sociétés commerciales. Op. cit.*, n° 1593 : S'agissant d'abaisser les conditions de quorum, l'art. L225-121 C. com. et l'intérêt social semblent faire obstacle à toute modification statutaire.

¹⁰⁷ L'intérêt social sert notamment à mesurer les abus de majorité et de minorité. V. COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 430 et s. s'agissant des crises politiques affectant l'exercice du pouvoir dans les sociétés.- REINHARD (Y.) L'abus de droit dans le contrat de société, C.D.E. 1998/6, p. 8

B – Le difficile rétablissement du pouvoir des associés sur le patrimoine social

289- L'actualité en droit des sociétés plaide en faveur d'un rétablissement du pouvoir des associés. Elle se reflète tout d'abord dans l'usage qu'il est fait de la technique sociétaire. Son utilisation ne se conforme pas uniquement à l'entreprise et l'approche managériale ne peut donc pas être satisfaisante. Elle est ensuite marquée par les scandales financiers¹⁰⁸ qui affectent les plus grosses sociétés. Ces derniers influent inévitablement sur la batterie législative sociétaire, de sorte que les moteurs du rétablissement de ce pouvoir vrombissent (1). Il convient toutefois de garder la juste mesure du relèvement du pouvoir des associés (2).

1 - Les moteurs du rétablissement

290- Leur essence se trouve à la fois dans les réalités pratiques (a) et dans les dispositions législatives qui les transposent (b).

a) Les réalités pratiques

291- En pratique, deux paramètres semblent conditionner l'exercice effectif d'un pouvoir par les associés. Les associés retrouvent tout d'abord la volonté et la possibilité de s'exprimer et d'imposer leurs choix dans les sociétés présentant un fort *intuitus personae*, mais également dans les sociétés présentant un fort « *intuitus patrimonii* ». *L'intuitus personae* peut se définir comme la considération de la personne des associés qui détermine l'engagement d'un autre associé au sein de la société. *L'intuitus patrimonii* pourrait se définir comme la considération du patrimoine de la société qui détermine l'engagement d'un associé au sein de la société. Les deux paramètres ont pour tendance de minimiser la taille de la société ce qui favorise l'exercice d'un pouvoir par les associés.

292- Des exemples pratiques illustrent ces affirmations. Traditionnellement, on considère que *l'intuitus personae* est particulièrement fort dans des sociétés comme les sociétés en nom collectif, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés en commandite simple. Le développement d'une activité résulte directement de l'activité de l'homme. Dans

¹⁰⁸ A commencer par le scandale ENRON, et ainsi qu'en témoignent les affaires qui ébranlent le marché boursier des États-Unis d'Amérique et par ricochet nos bourses européennes. La question est de savoir comment restaurer la confiance. V. sur ce point : DAIGRE (J.-J.) et DEPREZ-GRAFF (A.) Droit boursier et marchés financiers. J.C.P. éd. E. 2003, chron. 314, p. 364 et s., n° 2.

ces sociétés l'organe de direction est plus limité. C'est le gérant qui assure ces fonctions. Le contrôle et l'intervention de l'assemblée sont plus fréquents et ceci d'autant plus que la responsabilité des associés peut être facilement et lourdement engagée. Non cotées, elles abritent schématiquement deux catégories d'associés : les associés influents (dont la proportion est classiquement plus élevée) et les associés figurants¹⁰⁹. Certaines formes de société sont à l'égard de ces associés figurants très dangereuses. C'est le cas de la S.N.C. dans laquelle l'obligation aux dettes est illimitée et solidaire. En présence de tels associés, la société en commandite ou la S.A.R.L. de famille est privilégiée.

L'intuitus patrimonii est particulièrement développé dans certaines sociétés civiles¹¹⁰. C'est le cas notamment des sociétés civiles immobilières ou des sociétés civiles de portefeuille, des sociétés civiles de résidence de tourisme, des sociétés civiles d'attribution, des sociétés civiles à temps partagé, mais encore des G.F.A., groupements forestiers ou même des S.C.P.I., etc. Ce qui rassemble les associés dans ce type de société est plus spécifiquement le patrimoine de la société. La technique sociétaire leur permet d'exercer sur ce dernier un pouvoir spécifique et ne consiste pas seulement à leur procurer un partage des résultats de la société. Cela est particulièrement explicite concernant les sociétés détenant un ou plusieurs immeubles. Les parts de la société peuvent donner droit à l'attribution de la jouissance ou de l'usage du patrimoine de ces sociétés, ou d'une partie de ce patrimoine seulement¹¹¹. La maîtrise du patrimoine sous une autre forme que la propriété est l'objet principal de la société. A un degré similaire, il est possible de situer des sociétés à fort *intuitus patrimonii*, mais pour lesquelles le patrimoine est source de profit, comme les S.C.P.I. Dans les deux cas, il s'agit de tirer l'usage maximal du patrimoine de la société, d'en récolter les fruits, qu'ils se traduisent par de la jouissance concrète ou des gains pécuniaires.

293- Ces sociétés se distinguent facilement des autres sociétés dans lesquelles le patrimoine n'est qu'un support d'exercice d'une activité. Toutefois, cet *intuitus patrimonii* n'est pas toujours absent de ces sociétés dites « d'activité »¹¹². Il se rencontre parfois dans des sociétés cotées. Il y a une communauté d'intérêt des actionnaires à ce que la société crée de la valeur et donc valorise son patrimoine social, car *de facto*, leur titre prend de la valeur. Ainsi,

¹⁰⁹ On pense notamment aux nombreuses sociétés de famille qui comportent comme associés la grand-mère, l'épouse, les enfants, et la grand-tante célibataire, lesquels n'ont aucune prétention à influencer sur la société abritant l'entreprise familiale...

¹¹⁰ On doit exclure les sociétés civiles qui ont une nature professionnelle et dans lesquelles *l'intuitus personae* est dominant.

¹¹¹ V. notamment les sociétés civiles d'attribution régies par les art. L 212-1 à L 212- 13 du C.C.H.- Pour une étude du régime juridique et fiscal de ces sociétés, v. Mémento Francis Lefebvre Sociétés civiles 2003, n° 39500.

¹¹² Alors qu'on peut légitimement douter de l'existence d'un *intuitus personae* dans ces sociétés d'activité.

leur propre patrimoine est valorisé par la détention d'une valeur sociétaire à forte valeur. Cet intérêt les conduit à reprendre l'initiative du pouvoir¹¹³.

294- Les réalités pratiques faisaient apparaître jusque là deux attitudes fort différentes chez les associés. Les associés influents se distinguaient des associés figurants. Le plus souvent, ces derniers n'exerçaient pas le pouvoir que la technique sociétaire leur attribuait. Il est de la nature même de la société de réunir des diversités et donc normal que le degré d'implication ne soit pas toujours le même¹¹⁴. Il semblait courant de rencontrer davantage d'associés figurants n'exerçant pas leur pouvoir dans les grandes sociétés (et en particulier les sociétés cotées) que dans les sociétés de petite taille (ou sociétés fermées). Il faut désormais souligner une évolution importante. Une convergence s'observe entre la tendance des petites sociétés qui laissent une certaine prééminence au choix démocratique de l'assemblée des associés¹¹⁵ et celle des grandes sociétés qui redécouvrent le poids de l'assemblée des actionnaires. Elle résulte précisément de l'importance prise par *l'intuitus patrimonii* qui contamine les associés et actionnaires, même figurants. En effet, ces dernières années, sous l'influence du nouveau rôle joué sur les marchés financiers par les actionnaires institutionnels¹¹⁶, mais également par les actionnaires non résidents et les actionnaires directs, une revendication du pouvoir se fait jour. Elle prend la forme de nouvelles prétentions quant à sa répartition au sein des sociétés. Les pouvoirs accordés aux dirigeants sont notamment contestés par le biais du *corporate governance*¹¹⁷.

295- Né aux Etats-Unis et ayant fait l'objet d'études anglo-saxonnes avant d'interroger les juristes français, le *corporate governance* ou gouvernement d'entreprise¹¹⁸ s'interroge sur

¹¹³ L'existence d'un *intuitus personae* ou d'un *intuitus patrimonii* n'est donc pas un critère de distinction entre sociétés entrepreneuriales et sociétés patrimoniales, puisqu'un épargnant pourra choisir de placer ses avoirs dans une société entrepreneuriale manifestant ainsi un *intuitus patrimonii*. V. *infra* n° 608 et s.

¹¹⁴ V. sur cette distinction entre bailleurs de fonds et associés : LUCAS (F.-X.) Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Rev. dr. banc. juillet-août 2002, p. 216.

¹¹⁵ Si l'on met à part, le cas particulier de l'associé majoritaire voire unique (E.U.R.L.) qui est le seul réel dirigeant de la société

¹¹⁶ V. Les actionnaires institutionnels prennent le pouvoir. Le Monde, 21 février 1996.

¹¹⁷ V. TUNC (A.) Le gouvernement des sociétés anonymes - le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni. R.I.D. comp. 1994, p. 59 et s.- SCHOLASTIQUE (E.) *Op. cit.*, n° 21 et s.

¹¹⁸ COURET (A.) Le gouvernement d'entreprise. D. 1995, chron., p. 163.- LE CANNU (P.) Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions. Bull. Joly 1995, p. 637.- DION (N.) Corporate governance et sociétés françaises. Dr. sociétés juillet-août 1995, p. 1.- BISSARA (Ph.) Les véritables enjeux du débat sur le « gouvernement de l'entreprise ». Rev. sociétés 1998, p. 5 et s.- VIANDIER (A.) et MAUDUIT (L.) Le capitalisme au XXI^e siècle, D. affaires 1998, p. 698.- PINIOT (M.-C.) Le corporate governance à l'épreuve de la jurisprudence de la chambre commerciale de la cour de cassation. In *Mélanges A.E.D.B.F.*, II, 1999, p. 369.- BERGERAC (M.) et ERNARD (A.) Fantaisie à deux voix D. 2000, chron., p. 315.- V. encore en droit comparé : BALLING (M.), HENNESSY (E.) et O'BRIEN (R.) *Corporate Governance, financial markets and*

le rôle des administrateurs dans les S.A. et corrélativement leur responsabilité. Le débat a été suscité précisément par la séparation opérée entre capital et pouvoir, laquelle était plus forte dans le système capitaliste financier que connaissaient les Etats-Unis et la Grande-Bretagne¹¹⁹, que dans le capitalisme dit rhénan privilégiant la participation de banques d'affaires et limitant la participation directe de l'épargne publique¹²⁰. Sous l'effet de la mondialisation, un rapprochement des systèmes capitalistes s'est opéré, le capitalisme financier prenant le dessus. Le débat du gouvernement d'entreprise cristallise la question des intérêts à défendre de la société anonyme¹²¹ : doivent-ils se trouver dans le projet qu'elle porte ou dans celui des actionnaires ? La séparation du pouvoir et du capital est donc potentiellement génératrice de conflits et de coûts préjudiciables aux projets d'entreprise¹²². L'émergence des actionnaires institutionnels¹²³, plus forts que l'actionnariat public direct et à la recherche de la performance financière, aiguise le débat. Sous leur impulsion, les dirigeants voient leur responsabilité accrue. Particulièrement s'agissant des administrateurs de S.A., émerge un devoir de diligence¹²⁴ traduisant, mais également expliquant, leur implication dans la gestion de la société. Du point de vue du droit¹²⁵, on peut donc définir le gouvernement d'entreprise comme l'ensemble des mécanismes juridiques organisationnels qui délimitent les pouvoirs des dirigeants en définissant leur espace discrétionnaire et qui influencent leurs décisions. Ces mécanismes gouvernent leur conduite.

Cet état d'esprit a été capté par le législateur français qui, au travers de dispositions, semble vouloir rétablir le pouvoir des actionnaires dans la S.A. Ces modifications ont des

global convergence. Kluwer academic publishers, 1998.- *Adde* : plus récemment, le débat relancé suite à la loi Sarbanes-Oxley (DESCHEEMAECCKER (P.) Nouvelles réglementations internationales des sociétés cotées : les principales dispositions du Sarbanes-Oxley act of 2002. Bull. Joly 2003, § 1, p. 5.) ; BISSARA (Ph.) Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ? Rev. sociétés 2003, p. 51 et s.- ROUTIER (R.) De nouvelles pistes pour la gouvernance ? Bull. Joly 2003, § 129, p. 611.- V. sur la question d'une réflexion européenne, le plan d'action pour « la modernisation du droit des sociétés et le renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'U.E. » présenté par la Commission européenne le 21 mai 2003, D. 2003, p. 1490.

¹¹⁹ V. CONVERT (L.) *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés*. L.G.D.J., 2003, p. 246 et s.

¹²⁰ Le capitalisme rhénan mettait ainsi les sociétés à l'abri des revendications de petits porteurs avides de dividendes. On lui reconnaissait la vertu de porter de véritables projets commerciaux, industriels par opposition au système de capitalisme financier ligoté par ses objectifs financiers. V. sur ce point : SCHOLASTIQUE (E.) *Op. cit.*, n° 21.

¹²¹ Le débat sur l'intérêt social ressurgit à nouveau.

¹²² En gestion, les techniques s'assurant de la convergence des intérêts relèvent des relations d'agence et ont un coût. V. CHARREAUX (G.) Conseil d'administration et pouvoirs dans l'entreprise. In *Le gouvernement des entreprises*. Economica, collection recherche en gestion, 1997, p. 141 et s.

¹²³ Ceux qui ont développé précisément un *intuitus patrimonii*.

¹²⁴ SCHOLASTIQUE (E.) *Op. cit.* « Cette nouvelle approche d'un vieux devoir n'est pas vaine ». Alors que l'ancienne approche s'en tenait à la responsabilité, la nouvelle donne les indications sur le rôle des administrateurs et les attentes de leurs actionnaires, n° 28.

¹²⁵ Pour une définition de gestionnaire, v. CHARREAUX (G.) *Op. cit.*, p. 1. En gestion, il convient d'élargir le cadre de réflexion à d'autres acteurs de l'entreprise et d'autres facteurs, tel le contexte international (p. 25).

répercussions plus globalement sur l'ensemble des associés des autres sociétés, dont le pouvoir est restauré.

b) *Les dispositions législatives*

296- Les dispositions législatives récentes traduisent le climat ambiant de méfiance à l'égard de la concentration de pouvoir. Deux paliers viennent d'être franchis dans la défiance. Dans un premier temps, le problème du pouvoir dans la S.A. a été ressenti comme un problème de fond entre actionnaires et dirigeants, devant être réglé de manière à promouvoir le projet d'entreprise. Plus récemment, on s'est aperçu que la concentration de pouvoir pouvait également être propice à la dissimulation de l'état de santé réel de la société. En particulier, une modernisation du contrôle légal des comptes et de leur transparence est apparue nécessaire¹²⁶. La défaillance du contrôle des sociétés est nocive non seulement pour l'actionnariat mais encore pour l'économie qui, aujourd'hui, repose en grande partie sur les marchés boursiers.

En France, le mouvement législatif a été actionné sous l'impulsion du rapport Viénot¹²⁷, mais également des recommandations de la COB¹²⁸. L'ensemble a conduit à certaines dispositions de la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, qui rééquilibre les pouvoirs dans la S.A.¹²⁹ et à la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière¹³⁰.

297- Pourtant le pouvoir faisait déjà l'objet d'aménagements aptes dans certaines situations à ménager une surveillance. Outre certaines décisions qui doivent être prises à l'unanimité des associés¹³¹, le législateur a très tôt mis en place un contrôle qui est mené par

¹²⁶ V. notamment les obligations en matière de comptes consolidés (Art. L 233-16 et s. C. com), et le délit d'image « infidèle » des comptes. Cette difficulté a été médiatisée par l'affaire ENRON. Les suites de cette affaire ont influencé la réflexion sur les comptes consolidés. V. notamment : LUBY (M.) « L'obstacle nous fait grands ! » (ou les suites de l'affaire ENRON...) Dr. sociétés novembre 2002, rep. 11, p. 3. *Adde* : STOLOWY (N.) Délinquance des comptes et droit des entreprises en difficulté. J.C.P. 2003, I, 147, p. 1245 et s.

¹²⁷ TUNC (A.) Le rapport Viénot sur le conseil d'administration des sociétés cotées. R.I.D. comp. 1996, p. 27.-

¹²⁸ « Gouvernement d'entreprise, évolutions récentes en France et à l'étranger » Bull. C.O.B. sept. 1999, p. 1 et s.

¹²⁹ Sur les incidences pratiques de la loi, v. notamment VIANDIER (A.) *Sociétés et loi NRE*. Ed. Francis Lefebvre, 2001.

¹³⁰ LIENHARD (A.) Loi de sécurité financière : quoi de neuf pour les sociétés ? D. 2003, chron., p. 1996.- COURET (A.) Les dispositions de la loi sécurité financière intéressant le droit des sociétés. J.C.P. éd. E. 2003, p. 1290.

¹³¹ V. *supra* n° 287. Cela regarde notamment les décisions augmentant les engagements des associés ou modifiant les statuts.

les associés sur les dirigeants. Ce contrôle peut prendre plusieurs visages¹³². A chaque fois, il est une manifestation du droit de regard des associés sur la manipulation du patrimoine social, qui doit être conforme à l'intérêt social. L'emploi du mot « contrôle » est toujours ambigu¹³³. Il évoque avant tout la surveillance. Mais il est difficile de le détacher de sa connotation anglo-saxonne de « maîtrise », « pouvoir majoritaire ». C'est ainsi que le *control* est encadré par les dépositaires d'un contrôle qui peut constituer un *control* de fait. Au départ, dispositions de surveillance, les mesures de contrôle instituées par le législateur français risquent en étant trop accentuées d'inverser les rapports de force jusqu'à faire des surveillants les véritables décideurs, des censeurs impitoyables. Tel ne semble pas être le cas de la voie législative suivie par la récente loi de sécurité financière. La modernisation du contrôle des comptes, en particulier, est réalisée par la création d'un Haut conseil du commissariat aux comptes¹³⁴, dont la composition assure une certaine impartialité et distance avec l'entreprise. Une nouvelle procédure de désignation¹³⁵ et de renouvellement¹³⁶ des commissaires aux comptes est également mise en place et leur indépendance est garantie¹³⁷.

298- Très tôt, la technique sociétaire s'est accompagnée d'une série de mesures destinées à protéger le patrimoine social. Le plus représentatif est le contrôle des conventions passées entre la société et ses dirigeants¹³⁸. Une convention passée entre la société et un de ses associés peut être également constitutive d'un abus. Dans les sociétés de personnes, on s'en remet au droit commun de la responsabilité. Mais dans les S.A., les conventions peuvent être soumises dans certaines conditions à autorisation¹³⁹. Quant aux S.A.R.L., la loi étend aux

¹³² Un procédé législatif consiste à conférer des droits de regard à ceux qui ne détiennent pas le pouvoir exécutif en droit des sociétés. Ainsi la récente loi sur les nouvelles régulations économiques a-t-elle été encore l'occasion de créer des droits de consultation. Le plus médiatisé a été celui conféré au comité d'entreprise de la société cible, qui peut procéder à l'audition de l'auteur d'une offre publique (BEAL (S.) Annonce publique et information du comité d'entreprise. J.C.P. éd. E. 2002, chron. p. 1418.- MARTIN-LAVIGNE (Y.) La loi N.R.E. et le fonctionnement du comité d'entreprise : une réforme inachevée, Dr. sociétés novembre 2002, p. 1.- MEDAIL (V.) et AGAL (M.-C.) Le comité d'entreprise : interlocuteur obligé de l'assemblée générale. J.C.P. éd. E 2002, p. 2051.) La sanction est lourde de conséquences puisqu'elle consiste en la privation des droits de vote attachés aux titres de la société objet de l'offre. C'est dire si l'exercice des droits de vote est important et si sa privation peut consister en une sanction lourde.

¹³³ Le Petit Robert, v^o contrôle, comp. sens I 1 « vérification » et sens II 3 « fait de dominer, de maîtriser. »

¹³⁴ V. le nouvel art. L 821-1 C. com.

¹³⁵ Art. L 225-228 modifié C. com.

¹³⁶ Art. L 822-14 C. com. - COURET (A.) Projet de loi de sécurité financière, modernisation du contrôle légal des comptes et transparence. J.C.P. éd. E. 2003, act. n^o 55.

¹³⁷ Art. L 822-11 C. com.

¹³⁸ V. par exemple : pour la S.A., art. L 225-38 et s. C. com. (administrateurs), art. L 225-86 et s. C. com. (membres du conseil de surveillance ou du directoire) ; pour la S.A.R.L., art. L 223-19 et s. C. com.

¹³⁹ V. art. L 225-38 et s. C. com. Ces dispositions sont également applicables aux sociétés en commandite par actions.

associés les règles concernant les conventions libres, réglementées ou interdites¹⁴⁰. Concernant la S.A.S., le contrôle est réduit à sa plus simple expression : il est mis en place une alerte par le commissaire aux comptes qui présente un rapport sur les conventions passées entre la société et les dirigeants ou associés¹⁴¹. Mais les statuts peuvent renforcer ce dispositif¹⁴².

La procédure de contrôle des conventions réglementées n'a pas été exempte de modernisation législative. La reconquête du pouvoir par les associés et actionnaires avait même conduit le législateur à soumettre à la procédure des conventions réglementées, tout contrat conclu entre une société et l'un de ses actionnaires, détenant au moins 5 % des droits de vote ou une société la contrôlant¹⁴³. La procédure des conventions réglementées avait donc été étendue par la loi N.R.E. à un plus grand nombre d'acteurs de la vie sociale. La loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 se situe toutefois à contre-courant en rehaussant le seuil à 10 %¹⁴⁴.

Le contrôle n'entrave pas la conclusion de conventions à des conditions normales. L'article L 223-30 pour la S.A.R.L. et l'article L 225-39 du Code de commerce¹⁴⁵ pour les S.A. rappellent le principe de liberté régissant les opérations courantes passées à des conditions normales. Toutefois, dans les S.A., même libres, elles doivent être communiquées par le dirigeant concerné au président du conseil d'administration qui dresse une liste de ces opérations pour l'adresser au conseil d'administration et au commissaire aux comptes. Cette même liste figure parmi les documents transmis aux actionnaires à l'occasion de l'assemblée générale annuelle. Le droit de regard existe et l'alerte est possible à défaut de secret.

299- L'expertise de gestion¹⁴⁶ est une autre voie de contrôle de l'activité des dirigeants dans les S.A. et les S.A.R.L. Afin d'affermir son droit d'information, l'associé ou

¹⁴⁰ V. art. L 223-19 et s. C. com.

¹⁴¹ V. art. L 227-10 C. com.- PAILLUSSEAU (J.) L'alerte du commissaire aux comptes dans la S.A.S. J.C.P. 2000, I, 262.

¹⁴² V. également pour la question récente des conventions réglementées entre dirigeant et société, dans la S.A.S.U. : MEDAIL (V.) et VERGNOLE (P.) La société par actions simplifiée unipersonnelle: difficulté de mise en œuvre du contrôle des conventions réglementées. J.C.P. éd. E. 2000, p.786.- Egalement : PERIN (P.-L.) S.A.S. : nouvelles remarques sur le contrôle des conventions entre la société et ses dirigeants. Bull. Joly 1999, p. 1143.

¹⁴³ Art. 111 de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques. On notera qu'il est fait référence au pourcentage de droit de vote et non de détention du capital social. Ce qui tend encore à démontrer l'importance du pouvoir qu'il confère et la tendance à dissocier droit de vote de détention du capital social.

¹⁴⁴ MALECKI (C.) Les retouches apportées au régime des conventions par le projet de loi de sécurité financière. D. 2003, chron. p. 1350.

¹⁴⁵ Modifié par l'art. 111 de la loi sur les nouvelles régulations économiques.

¹⁴⁶ PASQUALINI (F.) Brèves remarques sur l'expertise de gestion. J.C.P. éd. E. 1999, p. 1283.- JEULAND (E.) L'expertise commerciale. D. affaires 2000, p. 209.- ARMAND-PREVOST (M.) L'expertise de gestion. R.J.

l'actionnaire peut demander la désignation d'un expert de gestion. A l'occasion de la loi sur les nouvelles régulations économiques, elle a fait l'objet également de modifications destinées à en banaliser le recours. Le seuil de détention du capital social permettant de solliciter une expertise de gestion est abaissé de 10 à 5 %. S'agissant des groupes de société, la loi sur les nouvelles régulations économiques a également mis en place une forme d'expertise de groupe au profit des minoritaires. L'article L 225- 231 du Code de commerce les autorise, s'ils représentent 5 % du capital, à poser par écrit au président du conseil d'administration ou au directoire des questions sur les opérations de gestion passées par des sociétés contrôlées au sens de l'article L 233-3 du Code de commerce. Si la réponse est insatisfaisante, un expert de gestion peut être nommé. Les actionnaires d'une société mère peuvent ainsi demander une expertise sur une filiale.

300- En dehors de la mise en place de contrôle, un mouvement législatif général amenuise le poids du pôle managérial de la société au profit des actionnaires.

Comme de manière prémonitoire, dès 1994, la loi du 8 août a institué le dispositif des associations d'actionnaires à l'article L 225-120 du Code de commerce¹⁴⁷, tentant de traduire l'esprit d'un meilleur gouvernement d'entreprise¹⁴⁸. Le dispositif ne paraît pourtant pas avoir eu le succès attendu¹⁴⁹ puisque aucune association n'avait été constituée à l'aube de l'an 2000. Le manque de souplesse du système adopté explique l'échec¹⁵⁰, mais n'a pas découragé le législateur de poursuivre dans ce sens¹⁵¹. Sans introduire en droit français la *class action*, la loi de sécurité financière accroît les possibilités d'actions en justice pour les actionnaires. La réforme porte sur l'assouplissement des conditions d'agrément des associations de défense des investisseurs¹⁵².

La loi sur les nouvelles régulations économiques a particulièrement illustré la perte d'influence du pôle managérial, notamment par la déconcentration des pouvoirs de direction

com. 1998, p. 125.- *Addé* : MOURY (J.) Expertise de gestion : la concurrence indélicate de l'art. 145 N.C.P.C. *In Dialogues avec Michel Jeantin. Op. cit.*, p. 297.- CADIET (L.) Brèves observations sur l'expertise préventive en droit des sociétés. *In Dialogues avec Michel Jeantin. Op. cit.*, p. 151, concernant l'expertise *in futurum* ordonnée par le juge.

¹⁴⁷ GUYON (Y.) Faut-il il des associations d'actionnaires et d'investisseurs ? *Rev. sociétés* 1995, p. 207.

¹⁴⁸ Il faut rappeler que la loi du 24 juillet 1966 avait déjà prévu des possibilités d'expression pour les actionnaires de S.A. tels que la récusation d'un ou plusieurs commissaires aux comptes (art. L 225-230 C. com.), la désignation d'un expert de gestion (art. L 225-231 C. com.), des questions écrites aux dirigeants (art. L 225-232 C. com.), etc.

¹⁴⁹ CANU (V.) et SAINT MARS (B. de). Les associations d'actionnaires, élément du gouvernement d'entreprise ? *Rev. dr. banc. janvier-février* 2000, p. 46.

¹⁵⁰ *loc. cit.*, p.47 et 48. Le mode de constitution des associations est trop rébarbatif.

¹⁵¹ Son intention était claire dès 1994, v. les propos du sénateur Dailly. *J.O.Sénat*, 29 juin 1994, p. 3183.

¹⁵² V. art. L 452-1 et L 452-2 C. mon. Les seuils d'agrément sont abaissés, et les possibilités d'actions sont ouvertes à partir d'un certain pourcentage de détention des droits de vote.

qu'elle opère. Jusqu'alors, le rôle du conseil d'administration et du président était entendu très largement. Ils étaient investis des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. La S.A. était déjà caractérisée par la séparation des pouvoirs et la hiérarchisation des organes depuis l'arrêt Motte du 4 juin 1946¹⁵³ et la loi du 24 juillet 1966. L'idée de la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 est de définir le rôle de chacun de ces organes¹⁵⁴. Au lieu de laisser les différents organes en situation concurrentielle, les rôles sont redistribués. Ainsi les pouvoirs sont expressément modifiés. L'article 225-35 du Code de commerce attribue au conseil d'administration le rôle d'orienter l'activité de la société et de veiller à sa mise en œuvre. Il se saisit des questions intéressant la bonne marche de la société et procède aux contrôles opportuns. Il dispose de prérogatives qui lui sont propres comme l'établissement des comptes sociaux et rapports de gestions, comme la nomination et la révocation du président, du directeur général, etc¹⁵⁵. Le président du conseil a des fonctions nettement dissociées de celles du dirigeant même si elles peuvent être exercées par la même personne. L'article L 225-51 du Code de commerce fait du président l'animateur du conseil d'administration¹⁵⁶ et le garant de la mécanique sociale¹⁵⁷. L'article 225-56-1 du Code de commerce investit le directeur général des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société : c'est le chef d'entreprise¹⁵⁸. Cette répartition des pouvoirs se traduit au niveau structurel par de nouvelles règles s'agissant du statut de ces dirigeants. Ainsi, la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général est possible¹⁵⁹. Le nombre de mandats d'administrateur que peut détenir une même personne est limité¹⁶⁰. Cette limitation du cumul des mandats est propice à l'exercice serein de sa mission¹⁶¹. Il se rend plus disponible et

¹⁵³ En ce sens, COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 702 et 703.

¹⁵⁴ CASTAGNE (S.) Les nouveaux modes de direction des sociétés anonymes après la loi N.R.E. Dr. sociétés. janvier 2003, chron. 1, p. 5 et s.

¹⁵⁵ V. sur l'ensemble des prérogatives propres au conseil, *loc. cit.*, n° 704 bis.

¹⁵⁶ Il le représente, il organise et dirige ses travaux, le convoque en préparant l'ordre du jour, etc.

¹⁵⁷ Il veille au bon fonctionnement des organes, s'assure que les administrateurs peuvent remplir leur mission en vérifiant l'existence et la qualité de leur information.

¹⁵⁸ Pour un résumé de la répartition des rôles, v. COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 710.

¹⁵⁹ Art. L 225-51-1 C. com. Cette modification s'inspire de la pratique anglo-saxonne. V. SCHOLASTIQUE (E.) *Op. cit.*, n° 26.

¹⁶⁰ Art. L 225-21 C. com.

¹⁶¹ V. l'aménagement récent réalisé par la loi n° 2002-1303 du 29 octobre 2002. J.O. 30 octobre 2002, p. 17992. PORACCHIA (D.) Le corporate governance à la française ou la loi du 29 octobre 2002 sur le cumul des mandats dans la société anonyme. Dr. et patrimoine, janvier 2003, p. 24.- SAINTOURENS (B.) Le cumul des mandats sociaux au sein de la S.A. après la loi du 29 octobre 2002. Rev. sociétés 2003, p. 1.- MALECKI (C.) Cumul des mandats : la réforme de la loi N.R.E. D. 2002, chron., p. 3066.- DOM (J.-Ph.) Cumul des mandats : et si le remède s'avérait pire que le mal ? Bull. Joly 2002, p. 1095.- V. les précisions apportées par la loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière. LIENHARD (A.) Art. préc., p. 2001.- MALECKI (C.) Règles de cumul global des mandats : les précisions du projet de loi de sécurité financière. D. 2003, point de vue, p. 1418.

surtout son indépendance devrait être préservée. Dans le même ordre d'idée, il est désormais, par principe, impossible à une même personne d'occuper plus d'un poste de directeur général¹⁶². Les assouplissements autorisés concernant ces cumuls de mandats regardent surtout les groupes de sociétés. Ils postulent une convergence de vue minimale et donc une moins grande entrave à leur indépendance, de moins fréquentes questions de conflits d'intérêts. Les S.A. de type directoire et conseil de surveillance permettaient déjà la mise en œuvre des principes de gouvernement d'entreprise par le caractère collégial du directoire et le contrôle exercé par le conseil de surveillance. La répartition des rôles¹⁶³ était déjà opérée engendrant également un plus grand formalisme¹⁶⁴. Ces mesures traduisent l'idée d'une réparation et d'un renforcement des pouvoirs au sein de la collectivité des dirigeants. Dans une certaine mesure, l'idée d'indépendance des administrateurs adaptée au système français¹⁶⁵ les conforte dans leur pouvoir en les allégeant de la concurrence. Mais corrélativement, leur responsabilité s'alourdit et les soumet au regard plus critique des différents organes quant à l'accomplissement correct de leur mission¹⁶⁶. La loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière semble toutefois limiter l'ampleur des contre-pouvoirs accordés aux administrateurs. L'obligation d'information des administrateurs pèse désormais sur « le président ou le directeur général »¹⁶⁷ et surtout ils peuvent se faire communiquer « tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de leur mission »¹⁶⁸.

301- Par ailleurs, le rôle des actionnaires est remis en avant. Ils ne sont susceptibles d'intervenir opportunément dans la vie sociale, que s'ils disposent d'une information pertinente et complète. Aussi la loi sur les nouvelles régulations économiques a-t-elle étendu le domaine de la consultation (article L 225-115 du Code de commerce *in fine*) à la liste et l'objet des conventions portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales. Il y a là une volonté du législateur de lever la confidentialité attachée à toute

¹⁶² Art. L 225-54-1 C. com.

¹⁶³ Pouvoirs les plus étendus pour le directoire (art. L 225-64 c. com.) et contrôle de la gestion pour le conseil de surveillance (art. L 225-68 c. com).

¹⁶⁴ La loi sur les nouvelles régulations économiques a peu modifié cette structure. Elle n'a donné que la possibilité au conseil de surveillance de révoquer des membres du directoire si les statuts le prévoient, accentuant son rôle.

¹⁶⁵ Le rapport Viénot *bis* dans sa version de 1999 proposait une option pour les sociétés entre la réunion ou la dissociation des fonctions de P.D.G. évoquant ainsi la déconcentration du pouvoir au sein du conseil d'administration. L'idée d'origine anglo-saxonne est d'introduire des administrateurs indépendants. V. sur ce point SCHOLASTIQUE (E.) *Op. cit.*, p. 358 et s.

¹⁶⁶ En particulier, les rémunérations et avantages versés aux mandataires sociaux. Dr. sociétés juillet 2002, p. 1.

¹⁶⁷ Art. L 225-35 modifié C. com.

¹⁶⁸ LIENHARD (A.) Loi de sécurité financière : quoi de neuf pour les sociétés ? D. 2003, chron., p. 1996, spécialement p. 2000.

opération conclue entre les dirigeants et la société. C'est indirectement renforcer le pouvoir d'investigation des actionnaires. La loi les dote même de recours afin de se faire communiquer les documents¹⁶⁹. L'investigation est prolongée par la possibilité de poser des questions écrites sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation à tout actionnaire représentant désormais 5 % du capital. L'abaissement du seuil est un autre signe du pouvoir accru des petits actionnaires. La loi ne se contente pas d'augmenter le droit de regard des actionnaires. Elle les encourage à l'exercice de leur droit de vote. Tout d'abord, elle garantit leur convocation en offrant la faculté de convocation au commissaire aux comptes, au conseil de surveillance et tout mandataire désigné par le Tribunal de commerce à la demande de tout intéressé¹⁷⁰. Ensuite, elle facilite les modalités du vote par la mise en place de procédures de vote électronique¹⁷¹, venant s'adjoindre au vote par correspondance¹⁷². Dès lors que les statuts le prévoient, la visioconférence, la télécopie ou le vote électronique pourront réduire le taux d'absentéisme. La portée de telles dispositions est encore incertaine. On ignore si les actionnaires vont effectivement saisir les opportunités offertes et s'impliquer davantage. En revanche, les intentions législatives sont dénuées de toute équivoque. Le fantasme démocratique saisit le droit des sociétés¹⁷³. La loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière a accentué ce besoin de transparence dans l'entreprise. En particulier, elle impose au président du Conseil d'administration de rendre compte à l'assemblée générale dans un rapport joint au rapport annuel de gestion et au rapport sur les comptes consolidés, des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil, ainsi que des procédures de contrôle interne mises en place par la société¹⁷⁴. L'assemblée générale a également vocation à être informée des opérations sur titres réalisées par les dirigeants ou les personnes ayant des liens étroits avec ceux-ci, dans les sociétés cotées¹⁷⁵.

302- Doit-on voir dans ces mesures reflétant le fruit de la réflexion sur le gouvernement d'entreprise, une sorte de réunification du droit des sociétés ? Il semble en effet souhaité que

¹⁶⁹ Art. L 238-1 C. com. Ils peuvent solliciter en référé une mesure d'injonction judiciaire sous astreinte ou la nomination d'un mandataire chargé de procéder à la communication des documents.

¹⁷⁰ Art. L 225-103 C. com.

¹⁷¹ Un décret du 3 mai 2002 précise les modalités d'application des nouvelles technologies de communication dans le cadre des conseils et des assemblées. (Décret n° 2002-803, 3 mai 2002 : J.O. 5 mai).

¹⁷² Art. L 225-107 C. com.- V. GLOTIN (M.-Ch.) Les délibérations sociales par télétransmission. J.C.P. éd. E. 2002, p. 722.

¹⁷³ Et comme pour le vote en démocratie d'Etat, les fraudes électorales existent ! V. T. com. Paris, 2 mai 2002. J.C.P. éd. E. 2002, pan., p. 1002, sur les risques de piratage électronique du vote.

¹⁷⁴ Art. L 225-37 et L225-68 C. com. modifiés.

¹⁷⁵ Art. L 621-181-1 C. mon. Les modalités de ces communications et publication seront précisées par un règlement général de l'A.M.F.

les actionnaires s'impliquent dans la vie sociale de la S.A. de manière analogue aux associés de structures plus modestes. C'est en tout cas, un retour aux principes directeurs généraux du droit des sociétés, que la loi de 1966 avait dénaturé en donnant une importance démesurée aux sociétés anonymes¹⁷⁶. La tendance à voir dans le statut de ces dernières l'archétype de la société est refoulée. Ce qui correspondait à un souci d'efficacité notamment dans la perspective d'un management d'entreprise¹⁷⁷ n'était que conjoncturel. L'évolution de l'environnement des sociétés et notamment l'émergence de l'influence des marchés financiers fait réapparaître l'existence et les exigences du droit des sociétés, qui fonde l'exercice du pouvoir sur des décisions sinon démocratiques du moins davantage contrôlées. Il est légitime dès lors de penser que tout associé a certainement un *intuitus patrimonii* dans une société alors que dire que tout associé a un *intuitus personae* n'est pas vrai. C'est cette convergence d'intérêts patrimoniaux qui conduit les associés ou actionnaires à revendiquer le pouvoir, ou du moins une force de contrôle de la délégation qu'ils ont consentie. Finalement, leur intérêt patrimonial fait hésiter entre un pouvoir exercé par les actionnaires en vertu du fameux dicton « On n'est jamais aussi bien servi que par soi-même »¹⁷⁸ et un pouvoir exercé par les dirigeants attentifs à l'efficacité supérieure que l'on peut en tirer¹⁷⁹. Le débat du gouvernement d'entreprise n'affecte pas que les S.A. et les sociétés dites entrepreneuriales. Tout le droit des sociétés est touché par la question du pouvoir des associés. Plus qu'une question de gouvernement d'entreprise, cela devient une question de gouvernement des sociétés. Quelle est finalement la mesure de la dépersonnalisation opérée par la personne morale ? Il conviendrait de ne pas pousser le rétablissement du pouvoir des associés jusqu'à faire fonctionner la société comme une copropriété ou une indivision, en niant la personnalité morale.

2 - La juste mesure du rétablissement

303- Avec la promotion d'un nouveau type de gouvernement des sociétés, accentué par les cataclysmes économiques que constituent les scandales des sociétés américaines¹⁸⁰, il est

¹⁷⁶ V. toutefois les « propos impertinents » et l'opinion contraire du Professeur Y. GUYON. La société anonyme, une démocratie parfaite ! In *mélanges en l'honneur de Christian Gavalda : propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz, 2001, p. 133 et s. L'auteur dénonce la volonté qui consiste à calquer l'administration d'une entreprise sur le gouvernement d'un Etat car leurs finalités sont différentes.

¹⁷⁷ La S.A. étant perçue comme une technique d'organisation de l'entreprise.

¹⁷⁸ « J'aime peu les proverbes en général parce que ce sont des selles à tous chevaux ; il n'en est pas un qui n'ait son contraire. » MUSSET (A. de). *Comédies et proverbes*, 1840.

¹⁷⁹ GUYON (Y.) *Loc. cit.*

¹⁸⁰ Et notamment les scandales ENRON, WORLDCOM, ADELPHIA. V. HURSTEL (D.) et MOUGEL (J.) La loi Sarbanes-Oxley doit-elle inspirer une réforme du gouvernement d'entreprise en France ? *Rev. sociétés* 2003,

possible de redouter que l'accentuation de la surveillance ne se mute en une recherche véritable de prise de pouvoir par les actionnaires eux-mêmes. Raisonnablement, une société ne peut pas être efficacement dirigée directement par l'assemblée des actionnaires. Le fantasme démocratique fait toutefois boule de neige ainsi que le prouve encore le récent rapport de la Commission européenne du 21 mai 2003¹⁸¹.

304- Un des principes directeurs du droit des sociétés n'est pas tant l'égalité des associés ou des actionnaires¹⁸² que l'équilibre des pouvoirs. L'émergence d'un pouvoir de contrôle est nécessaire pour la poursuite d'une finalité de type économique. L'efficacité d'action est la règle, mais elle connaît des cadres qui ne sont pas que légaux ou extra-sociétaires. Dans la société elle-même les contre-pouvoirs existent et prennent la forme d'une surveillance. Le renouveau de l'expertise de gestion est une manifestation de cette renaissance de la surveillance¹⁸³ qui n'entrave pas l'action. Elle est aujourd'hui confirmée par les dernières dispositions en droit des sociétés¹⁸⁴. La recherche d'une surveillance efficace est la voie la plus cohérente, elle ne doit pas conduire à faire des dépositaires du contrôle les « contrôlares », c'est à dire ceux qui détiennent le pouvoir dans la société¹⁸⁵. Leur donner la faculté de remettre le pouvoir des dirigeants en question trop aisément serait incompatible avec la direction d'une société¹⁸⁶. Il est dangereux de comparer le gouvernement d'une société avec la démocratie¹⁸⁷. Dans cette dernière, l'équilibre n'est pas trouvé par la surveillance mais

p. 13 et s. Les auteurs considèrent que cette loi a été adoptée en réaction aux scandales financiers les plus médiatisés.

¹⁸¹ V. sur la question d'une réflexion européenne, le plan d'action pour « la modernisation du droit des sociétés et le renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'U.E. » présenté par la Commission européenne le 21 mai 2003, D. 2003, p. 1490. «Le plan d'action souligne enfin tout l'intérêt qu'il y aurait (...) à consentir des efforts en vue de l'établissement d'une véritable démocratie des actionnaires, la Commission se proposant de réaliser une étude sur les conséquences d'une telle approche ».

¹⁸² V. DIDIER (P.) Art. préc.- V. également : MESTRE (J.) L'égalité en droit des sociétés. Rev. sociétés 1989, p. 399. L'auteur conclut par la remarque que l'égalité s'estompe souvent au bénéfice de la liberté...

¹⁸³ V. également sur le pouvoir accru des minoritaires : DAIGRE (J.-J.), HALLOUIN (J.-C.) L'entreprise se structure. C.D.E.1999/2, p. 21 et s., en particulier p. 22.

¹⁸⁴ V. l'opinion visionnaire de BERR (J.-C.) La place de la notion de contrôle en droit des sociétés. In *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastien*, 1974, T. 1, p. 1 et s., et notamment p. 18.

¹⁸⁵ PAILLUSSEAU (J.) L'efficacité des entreprises et la légitimité des pouvoirs. Petites affiches n° 74, du 29 juin 1996.

¹⁸⁶ De nombreux exemples d'abus de pouvoir de la part des actionnaires dans l'exercice de leurs droits existent. V. à propos d'un abus de droit d'ester en justice : PARIS, 16 avril 1999. J.C.P. éd. E. 2000, p. 29 et s., n° 4, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.) Ces derniers ont aussi des devoirs envers la société : ils ne sauraient méconnaître l'intérêt social au nom d'une vindicte personnelle.

¹⁸⁷ V. pour une telle comparaison : SAINT JOURS (Y.) L'entreprise et la démocratie. D. 1993, chron., p. 12. Bien que l'auteur centre son étude sur la notion d'entreprise, la dérive vers l'organisation sociale apparaît. Comp. : COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 820. Les auteurs évoquent l'imagerie d'Epinal qui fait vivre les S.A. sous le régime de la démocratie universelle.

par la faculté de renverser une majorité. Les rapports entre les associés d'une société ne sont pas fondés sur les mêmes valeurs que ceux qui se tissent entre des concitoyens.

En droit des sociétés, seule la notion de surveillance semble correspondre au souci d'équilibrage des pouvoirs, car elle n'empêche pas l'action tout en la garantissant¹⁸⁸. C'est là la juste mesure du rétablissement du pouvoir des associés. Cette surveillance peut s'organiser à différents niveaux de la société¹⁸⁹, évitant de « bipolariser » les intérêts et donc de générer plus facilement un conflit. Les associés ou actionnaires sont délégataires d'une forme de surveillance, mais également les dirigeants les uns à l'égard des autres¹⁹⁰. Enfin, dans les sociétés dites entrepreneuriales, une parcelle de contrôle peut être déléguée aux salariés. Quant aux extérieurs à la société, ils constituent des témoins privilégiés de l'action sociale. Le commissaire aux comptes mais aussi différentes institutions telles que la COB ou désormais l'A.M.F. sont susceptibles de renforcer la surveillance. Ils donnent l'alerte.

305- Le débat sur le *corporate governance* initié par les revendications des actionnaires a permis de reprendre conscience du pouvoir attaché aux valeurs sociétares¹⁹¹. Cette évolution fait reprendre aux techniques juridiques de la vigueur au sein des sociétés. En effet, jusqu'alors, on se fondait sur des techniques qui relevaient davantage de la gestion pour faire fonctionner les sociétés¹⁹². Ainsi, il était question de technique managériale et l'implication des décideurs dans la société ne consistait pas en une prise de participation au capital. Elle n'était pas comparable à la situation d'un associé ou actionnaire. Autrement dit, les décideurs, ceux qui détenaient le pouvoir, étaient des fonctionnaires de la société. Aujourd'hui, il apparaît que l'on a redécouvert le pouvoir attaché aux valeurs sociétares. Il est désormais acquis que la maîtrise du pouvoir ne pourra plus s'assurer sans s'appuyer sur ces valeurs. Le verrouillage du pouvoir devra tenir compte de cet élément plus qu'avant¹⁹³.

¹⁸⁸ C'est d'ailleurs ce schéma que garantissent les S.A. à directoire et conseil de surveillance. La structure n'a pas connu de grands succès dans sa globalité (4% des S.A. en mars 2002), mais elle a séduit les grandes sociétés cotées. V. COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 780 (20% des sociétés du CAC 40).

¹⁸⁹ Et non se concentrer aux mains des associés ou actionnaires.

¹⁹⁰ Les dirigeants doivent être à tous égards loyaux. V. notamment : CAUSSAIN (J.-J.) A propos du devoir de loyauté des dirigeants des sociétés. In *Etudes offertes à B. MERCADAL*. Ed. F. Lefebvre 2002, p. 303 et s.

¹⁹¹ Il permet également d'attirer l'attention sur ce que représentent ces valeurs sociétares : des valeurs patrimoniales dont le devenir motive la redécouverte du pouvoir.

¹⁹² Tant au niveau décisionnaire qu'au niveau du contrôle avec le rôle donné à des externes à la société comme le commissaire aux comptes par exemple.

¹⁹³ Il y a là de surcroît un aspect psychologique à détenir son pouvoir de la même source. On est censé être dans la même situation et ne devoir son pouvoir qu'à la prépondérance assurée par ces mêmes valeurs sociétares, au contraire d'une nomination « quasi-divine » aux fonctions suprêmes. On se rapproche bien sûr d'une conception démocratique du pouvoir, mais la comparaison doit s'arrêter là par souci d'efficacité d'action de la société, qui ne s'administre pas comme un Etat.

306- Pour manipuler le pouvoir, la technique juridique est désormais préférée à un mode de gestion. Il est dès lors logique que les nouveaux modes de direction de la société, qui recherchent toujours plus d'efficacité, se fondent sur des manipulations sociétaires (structure ou valeur sociétaire). En effet, la redécouverte de la force du pouvoir contenu dans les valeurs sociétaires peut conduire à des situations de blocage, voire des solutions néfastes pour la société¹⁹⁴. Un aménagement est donc nécessaire lorsqu'il s'agit de réduire les interférences des droits concurrents. La technique sociétaire se révèle encore une technique particulière souple, puisque sa grande malléabilité¹⁹⁵ permet l'aménagement du pouvoir nécessaire à une administration efficace du patrimoine. La technique sociétaire est donc une chance pour l'organisation d'un patrimoine qui, par nature, s'inscrit dans une logique dynamique : il est influencé par une économie imprévisible¹⁹⁶, mais aussi par un cadre juridique évolutif¹⁹⁷. Sa situation précaire lui impose une structure prête à faire face à tous les impératifs d'administration.

¹⁹⁴ Notamment lorsque la poursuite d'intérêts patrimoniaux personnels ne se concilie pas avec l'intérêt social.

¹⁹⁵ Cette malléabilité résulte précisément du fait que la technique sociétaire a substitué un pouvoir à de la propriété. On peut au choix soit verrouiller le pouvoir, soit le fragmenter selon la finalité poursuivie. Il emporte la conviction parce qu'on dispose là d'un instrument à géométrie variable, maniable, adaptable aux plus grandes situations.

¹⁹⁶ Les valeurs du patrimoine connaissent les retombées positives ou négatives de l'économie. Actuellement, par exemple, les biens immobiliers connaissent une forte valorisation tandis que les valeurs mobilières dépendant de la bourse subissent une forte dépréciation.

¹⁹⁷ En restant attaché à la personne physique par exemple, il subit les conséquences de son mariage ou son PACS, son divorce, son décès. Les événements provoquent parfois des séismes dans son mode d'administration.

SECTION 2

Un mode aménageable de détention du patrimoine

307- La technique sociétaire réalise en elle-même un nouveau mode de détention du patrimoine assise sur la notion de pouvoir. Elle présente de nombreux avantages, en optimisant la gestion¹⁹⁸. Parmi ces atouts, se situe la modularité du pouvoir. Le besoin de flexibilité dans l'aménagement du pouvoir en droit des sociétés résulte du contrôle financier qu'il n'est pas toujours possible d'assurer. Aussi convient-il de trouver les moyens d'un contrôle directorial. A la différence du pouvoir politique qui se gagne en dehors des institutions construites par le droit constitutionnel, le pouvoir contrôlaire en droit des sociétés trouve ses appuis dans l'institution, la société. La forme de société adoptée permet un premier aménagement du pouvoir : une adaptation pour permettre de mieux contrôler. Mais la redécouverte de la société sous son angle purement juridique, et non plus gestionnaire, conduit les praticiens à reconsidérer d'autres modes d'aménagement du pouvoir. Celui conféré aux dirigeants par la loi ne suffit plus, il faut également agir sur le pouvoir des associés ou actionnaires. La redécouverte des techniques juridiques, après l'omniprésence des techniques de gestion, ne se traduit pas seulement par l'invention de montages juridiques¹⁹⁹, elle se traduit aussi par une manipulation nouvelle des vecteurs du pouvoir, c'est-à-dire des valeurs sociétaires. C'est ainsi la diversité des sources du pouvoir qui permet d'asseoir la situation de fait qu'est souvent la maîtrise d'une société.

Il est donc possible d'aménager le pouvoir en agissant à deux niveaux de la technique sociétaire : soit au niveau *macro-juridique* par le biais de la structure sociétaire (paragraphe 1), soit au niveau *micro-juridique* par le biais de la valeur sociétaire (paragraphe 2).

¹⁹⁸ V. concernant les portefeuilles de valeurs mobilières, BONDUELLE (P.) A quoi peut servir une société civile de gestion de portefeuille ? Art. préc.

¹⁹⁹ La mode qui entoure la notion de montage en droit (V. les thèses de Messieurs Poracchia et Dom, préc.) est un signe de la manipulation des techniques juridiques, et notamment leur redécouverte en droit des sociétés.

Paragraphe 1 - L'aménagement *macro-juridique* de la détention sociétaire du patrimoine

308- Il est classiquement admis que le droit des sociétés lie, de principe, le pouvoir à la propriété du capital social²⁰⁰. La notion de contrôle, au sens anglo-saxon du terme, a très vite émergé, conduisant à dissocier, notamment dans les S.A., les actionnaires de contrôle et les actionnaires bailleurs de fonds²⁰¹. L'aménagement du pouvoir sur le patrimoine peut se faire par le jeu de la structure sociétaire elle-même (A), qui présente des aptitudes à concentrer le pouvoir. La maîtrise du pouvoir peut encore être assurée par des montages sociétaires (B).

A – Les structures sociétaires aménageant le pouvoir

309- L'aménagement structurel du pouvoir résulte de la forme de la société. Tantôt la forme sociale en impose une certaine organisation²⁰², tantôt elle laisse au contraire une grande liberté contractuelle dans sa conception. Dans les deux cas, l'aménagement du pouvoir sur le patrimoine résulte de la volonté des associés. En effet, leur autonomie de volonté s'exprime à travers le contrat social. Ce dernier détermine la forme de société adoptée, laquelle procède d'un libre choix. Ce sont donc les associés qui choisissent de se voir imposer des règles ou d'utiliser la liberté contractuelle. Les modèles légaux d'aménagement de pouvoir ou les créations de la pratique utilisent des vecteurs identiques pour concentrer le pouvoir. Il est procédé tantôt à une répartition particulière des voix au sein des associés (1), tantôt à une répartition spécifique des pouvoirs au sein de la société (2). Dans les deux hypothèses, il est opéré une dissociation entre pouvoir et capital.

²⁰⁰ V, notamment : CONTIN (R.) et DESLANDES (M.) L'adaptation du capital à la transmission du pouvoir par l'organisation statutaire du droit de vote dans les sociétés anonymes familiales. In *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou*, Vuibert, 1993, p. 51 et s., et spécialement p. 52.- *Adde* : BERLE (A.A.) et MEANS (G.C.) *Op. cit.*

²⁰¹ BERR (C.J.) Art. préc.- V, également : SCHMIDT (D.) Les définitions du contrôle d'une société. R.J. com. novembre 1998, n° spécial, p. 9.- BLIN-FRANCHOMME (M.-P.) *Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires*. Thèse Toulouse, 1998.

²⁰² La forme la plus aboutie de société concentrant le pouvoir est à coup sûr la société unipersonnelle. La gestion du patrimoine d'une E.U.R.L. par exemple est évidemment favorisée par la simplicité et la légèreté des structures en comparaison aux utilisations qui étaient faites antérieurement de la S.A.R.L., voire de la S.A. On ne peut pas dire que les fausses réunions de faux conseils et fausses assemblées générales, la nomination de commissaires aux comptes simplifiaient l'administration.

1 - Les sociétés aménageant le pouvoir par le biais de l'attribution des voix

310- Le droit de vote est l'arme absolue, le décompte des voix est l'essence de la démocratie²⁰³. La répartition des droits de vote peut différer selon la forme de la société. Le droit de vote est habituellement attaché aux valeurs sociétaires. Ainsi, un associé a autant de voix que de valeurs. Ce n'est pas une égalité des hommes qui est instituée, mais une égalité des titres, qui est le principe dans les sociétés anonymes.

311- Certaines sociétés échappent toutefois à ce type de répartition des voix et donc du pouvoir qui s'avère capitalistique. C'est le cas des sociétés coopératives ou encore des S.N.C. Dans ce type de société, le principe est qu'un homme vaut une voix. Certaines sociétés fermées, comme les sociétés civiles ou les S.A.R.L. peuvent choisir ce mode d'attribution du droit de vote lors de la constitution. La S.A.R.L. a même la possibilité de prévoir un régime mixte d'attribution des voix en fonction du type de décision.

La forme de la société peut toutefois autoriser une inégalité des titres. Le nombre de voix dépend toujours des titres, mais certains d'entre eux peuvent conférer des droits de vote plural²⁰⁴. Ainsi, dans une S.A.S., qui présente bien des atouts en matière d'aménagement du pouvoir²⁰⁵, le nombre de voix n'est pas nécessairement proportionnel au nombre d'actions détenues²⁰⁶, et on peut envisager des actions à droits de vote multiple. La société civile autorise également la création de parts sociales à vote plural. On peut ainsi fixer librement le nombre des voix dont dispose chaque associé²⁰⁷.

Dans ces cas, la dissociation entre capital et pouvoir est accentuée. Le droit de vote est attaché à la personne de l'associé et non à la proportion du capital social détenu à travers les titres. Il est indépendant de l'apport effectué. Ce choix peut donc conduire à conférer à une personne un pouvoir sur un patrimoine qu'elle n'a que faiblement contribué à constituer. Selon la forme de la société adoptée, on décide donc du mode de répartition du pouvoir : soit l'on fait primer l'homme, soit l'on reste dans une optique capitalistique. La conséquence sur le patrimoine est de taille. En constituant une société dans laquelle l'avis de chaque associé pèse

²⁰³ GUYON (Y.) Art. préc., p. 146.

²⁰⁴ V. *infra* n° 337 sur l'augmentation des droits de vote.

²⁰⁵ V. PERIN (J.-L.) *L'organisation des pouvoirs dans la S.A.S.* Thèse Paris, 1999. La S.A.S. comporte d'autres souplesses en matière d'organisation du pouvoir, qui touchent aux fonctions de direction. V. *infra* n° 314.

²⁰⁶ Art. L 227-9 C. com.- v. également : CAUSSAIN (J.-J.) *Du bon usage de la S.A.S. dans l'organisation des pouvoirs*. J.C.P. éd. E. 1999, notamment p. 1665.

²⁰⁷ L'art. 1845-1 C. civ. prévoit toutefois une égalité entre les parts, pour la valeur nominale de celle-ci.

le même poids, les apports en capital respectifs de chaque associé seront déconnectés des voix qu'ils détiendront. La dissociation entre la propriété et le pouvoir est donc plus marquée dans ce type de société.

312- Selon la forme de société choisie, les statuts fixent la répartition des voix soit en fonction du nombre de titres détenus, soit par tête, soit en plafonnant. L'option qui est ainsi prise, une fois une forme de société choisie, relève de la construction conventionnelle, mais n'altère pas les attributs du titre. L'aménagement se situe au niveau du fonctionnement de la société elle-même. C'est un choix idéologique qui s'attache à la structure de la société. Ainsi, les voix permettent de peser lourd dans les décisions de l'assemblée générale. Mais le pouvoir peut aussi être impulsé par les attributions spécifiques que l'on peut réserver à certains.

Des structures sociétaires favorisent l'octroi de fonctions.

2 - Les sociétés aménageant le pouvoir par une attribution spécifique des fonctions de direction

313- L'exercice effectif du pouvoir n'appartient pas aux mêmes organes dans toutes les sociétés. Si la majorité des associés a classiquement une importance²⁰⁸, les organes de direction peuvent la rendre relativement silencieuse²⁰⁹. Dans certaines sociétés, le pouvoir est assuré par des dirigeants (a) ; dans d'autres, les fonctions de direction sont attribuées à une catégorie déterminée d'actionnaires ou d'associés (b). A une forme sociale correspond une répartition du pouvoir spécifique.

a) L'investiture de dirigeants

314- Confier le pouvoir de direction à une personne expérimentée est la forme la plus simple d'aménagement de l'administration du patrimoine. L'avenir du patrimoine mis en société dépend de la bonne gestion du dirigeant social. Les organes de direction varient en fonction de la forme sociale adoptée.

²⁰⁸ Notamment en ce qui concerne des décisions essentielles au cours de la vie de la société. V. rappels faits *supra* n° 287.

²⁰⁹ V. *supra* n° 288.

315- Dans les sociétés civiles de droit commun, la grande liberté contractuelle permet les clauses les plus fantaisistes comme une gérance à vie, voire héréditaire²¹⁰. La loi laisse donc au gérant des pouvoirs à la mesure de ce que les statuts peuvent prévoir. Des gérants omnipotents côtoient des gérants ligotés. La société civile immobilière est un instrument intéressant de gestion patrimoniale pour les particuliers²¹¹. Mais elle est davantage connue eu égard à certaines de ses performances financières²¹² que politiques qui sont dépendantes de la volonté des associés au moment de la rédaction des statuts.

L'intérêt de la société civile en terme de pouvoir s'illustre facilement. La société civile immobilière présente notamment des avantages quant au pouvoir comparativement à des situations non organisées. Alors même que les pouvoirs du gérant ne sont pas spécifiquement élargis, on peut dire que la seule existence d'un gérant est un atout pour le patrimoine. On a coutume de dire que la constitution d'une S.C.I. évite les aléas d'une indivision non organisée²¹³. En effet, dans ce type d'indivision, aucun gérant n'est prévu. Les actes d'administration et de disposition nécessitent l'unanimité des co-indivisaires. Seuls les actes de conservation peuvent être effectués par l'indivisaire seul. Le recours à la technique sociétaire permet d'organiser le pouvoir sur le patrimoine indivis. Il a également le mérite d'inscrire dans le temps cette gestion de patrimoine, évitant ainsi un partage à tout moment, qui est possible même avec une convention d'indivision. C'est donc une pérennité de ce mode de détention qui est organisée par l'apport en S.C.I.²¹⁴. Les détracteurs des S.C.I. lui opposent la possibilité d'aménager conventionnellement l'indivision, laquelle est moins coûteuse. Il reste qu'en cas de présence d'un incapable dans l'indivision, l'application des règles protectrices imposera l'unanimité, ce qui n'est pas le cas dans le cadre d'une S.C.I.²¹⁵, grâce à l'interposition de

²¹⁰ COZIAN (M.) Du bon usage des sociétés civiles immobilières. D. 1994, chron., p. 199.

²¹¹ V. HOVASSE (H.) Les sociétés civiles de patrimoine. Dr. et patrimoine, juin 1998, p. 46 et s. L'auteur évoque la jurisprudence concernant la désignation du gérant et l'étendue de ses pouvoirs. A l'instar de la loi, elle reste dans une optique de flexibilité et liberté contractuelle.

²¹² V. *infra* seconde partie.

²¹³ Lesquelles sont régies par les art. 815 et s. C. civ. On pense notamment à l'indivision post-successorale et on l'oppose ainsi aux indivisions conventionnelles et donc organisées relevant des art. 1873 et s. C. civ.- V. pour une étude comparée et pratique de la S.C.I. et de l'indivision : RIPERT-JOUVEL (V.) *Les sociétés civiles immobilières familiales*. Paris : Litec, 1991, p. 85.- ANCEL (J.) *La société civile immobilière*. Hecily, 1993, p. 11.- ANDRIER (T.) *Guide pratique des sociétés civiles immobilières*. Litec, 1997, n° 112 et s.

²¹⁴ GONSARD (S.) Société civile : pour organiser la détention d'actifs. Gestion de fortune, mai 1999, p. 47.

²¹⁵ Un exemple permet d'illustrer le propos. VERSAILLES, 29 janvier 1998. Bull. Joly 1998, § 254 p. 786, obs. DELEBECQUE (Ph.) Un mineur ne peut pas accomplir seul des actes de nature à l'appauvrir gravement (art. 389-5 du Code civil). La règle vise notamment le prêt, pour lequel l'autorisation du juge des tutelles est nécessaire, à peine de nullité de l'acte. En l'espèce, le mineur était associé au sein d'une S.C.I., dont la gérante avait contracté un prêt au nom de la S.C.I. La Cour a rappelé le principe d'indépendance des personnes physiques et morales. Dès lors que le prêt était contracté par la société, la présence de l'associé mineur même majoritaire,

l'écran de la personnalité morale. Cette dissociation est donc intéressante en vue de la gestion du patrimoine d'une personne sous tutelle ou encore d'un enfant mineur (voire majeur mais qu'on estime immature et dispendieux...). De plus, même au jour de la disparition de la société, la survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation présente des avantages pour les associés comme les créanciers par rapport à l'indivision²¹⁶.

Dans l'hypothèse où les pouvoirs du gérant sont définis largement, la société civile immobilière constitue donc un outil de concentration du pouvoir et notamment de dissociation du capital et du pouvoir.

La société civile de portefeuille présente elle aussi des intérêts en termes de pouvoir²¹⁷. Son gérant, quand bien même serait-il usufruitier, peut procéder à tout arbitrage au sein du portefeuille. Ce pouvoir connaît une limite : l'impossibilité d'aliéner tout le portefeuille ce qui aurait pour conséquence la disparition de la société²¹⁸. Il peut ainsi décider, par l'affectation des résultats, de s'approprier les plus-values tout comme y renoncer en les portant en réserve et en augmentant ainsi les droits des nus-proprétaires²¹⁹. Le contrat de société trouve toute sa valeur en laissant au fondateur la liberté de répartir le pouvoir à des finalités variées telles que contrôler la gestion, protéger les autres associés bénéficiaires du portefeuille, stabiliser le gérant dans sa fonction de gestion²²⁰, etc. C'est le cas notamment lorsqu'il s'agit de répartir des pouvoirs entre usufruitiers et nu-proprétaires.

316- Dans les sociétés commerciales, le législateur a eu très tôt cette démarche de concentrer le pouvoir dans un souci d'efficacité. La notion d'entreprise fut l'initiatrice du processus d'organisation du pouvoir par la technique sociétaire²²¹. La loi du 24 juillet 1966 a

était sans incidence sur la validité de l'acte. L'intérêt du mineur est ici masqué par l'intérêt de la société et son fonctionnement autonome.

²¹⁶ GAVALDA (Ch.) *La personnalité morale des sociétés en voie de liquidation*. In *Etudes offertes à Joseph Hamel*, art. préc.

²¹⁷ BONDUELLE (P.) *A quoi peut servir une société civile de gestion de portefeuille ?* Art. préc.

²¹⁸ V. sur ce point : DEPONDT (A.) et FERNOUX (P.) *La société civile de portefeuille* Dr. et patrimoine octobre 1995, p. 50 et s. et notamment n° 9. Les auteurs remarquent à cet égard la supériorité de la convention de quasi-usufruit sauf à définir plus largement l'objet social de la société lui ouvrant la possibilité d'aliéner le portefeuille pour acquérir d'autres types d'actif.

²¹⁹ C'est une différence avec la convention de quasi-usufruit : l'usufruitier ne peut renoncer à ces plus-values. V. art. préc., n° 10.

²²⁰ On peut en effet craindre à tout moment la révocabilité d'un mandat de gestion. Au contraire de la stabilité de la gérance d'une société civile. V. sur ce point : DEPARDIEU (I.) *Les sociétés civiles dans la gestion de son patrimoine*. SEFI, 1997, p. 91.

²²¹ L'adaptation de l'organisation du pouvoir dans la société anonyme à la pratique de la gestion des entreprises fut le *credo* des spécialistes du droit des sociétés du siècle passé. V. notamment PAILLUSSEAU (J.) Thèse préc., p. 144 à 158. Ils ont ainsi mis en lumière les liens inévitables existant entre sciences juridiques et sciences de gestion.

poursuivi cette organisation. Elle était dominée par l'esprit de toute puissance émanant du conseil d'administration de la S.A.

Malgré l'évolution des conceptions du pouvoir dans les S.A., il reste des dispositions permettant un aménagement. Lorsqu'il s'agit de protéger le pouvoir en place et de verrouiller la société, la première technique envisagée est de barricader l'accès aux fonctions de direction et particulièrement au conseil d'administration²²². Moins critiquables qu'une clause d'agrément aboutissant à limiter considérablement la liberté de choix des actionnaires, les clauses posant des conditions d'éligibilité particulières²²³ sont admissibles et utilisées. Une autre voie consiste à modifier les conditions de décision au sein du conseil²²⁴. Ces conditions peuvent limiter le poids de certains administrateurs. La loi du 15 mai 2001 a toutefois cherché à assurer au sein du conseil d'administration un équilibre des pouvoirs, le tout dans l'optique d'un meilleur gouvernement d'entreprise. Ces aménagements propres à la S.A. illustrent parfaitement ce qu'on appelle la politique managériale, confiant le pouvoir à des organes de direction²²⁵. Toutefois, l'efficacité recherchée est parfois enrayée par la rigidité du modèle de direction imposé. Aussi, le législateur est-il revenu à une plus grande liberté contractuelle avec la S.A.S.²²⁶. Elle s'illustre par la grande latitude²²⁷ laissée quant à l'organisation tant de la direction que de l'administration de la société²²⁸. On peut opter aussi bien pour une concentration de pouvoir par un titulaire unique que pour un exercice collégial du pouvoir, le point fixe restant le rôle de représentation du président de la S.A.S. vis à vis des tiers²²⁹.

Le statut du gérant de S.A.R.L., quant à lui, emprunte beaucoup à celui du directeur général de la S.A.²³⁰. Le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus vis-à-vis des tiers et les limitations statutaires ne valent que pour les rapports au sein de la société. Il doit

²²² En effet, la loi de 1966 reste très laxiste sur les conditions d'accès au conseil d'administration. Il suffit d'avoir la qualité d'actionnaire et de ne pas avoir dépassé une certaine limite d'âge.

²²³ Les clauses posant des conditions d'ancienneté ou des conditions de compétences sont les plus fréquentes. On rencontre également des clauses interdisant le cumul des mandats ou des conditions de nationalité.

²²⁴ Une répartition catégorielle des sièges, l'exigence d'une majorité qualifiée ou la fixation d'un quorum spécial sont des aménagements licites. V. sur ce point : Lamy droit du financement, n° 1140.

²²⁵ Cette forme d'attribution du pouvoir, et donc le fondement de l'administration du patrimoine, génère toutefois des conflits importants, car la fonction de propriété et de pure décision était dissociée de manière involontaire par la seule décision de la loi. L'idée de délégation s'estompait et cela nuisait à l'administration harmonieuse du patrimoine.

²²⁶ PAILLUSSEAU (J.) La nouvelle société par action simplifiée : le big bang du droit des sociétés. D. 1999, chron., p. 333 et notamment concernant les pouvoirs, n° 33 et s.- également THEIMER (A.) La S.A.S. : une nouvelle opportunité pour simplifier la gestion juridique des sociétés. J.C.P. éd. E. 2000, p. 593.

²²⁷ Les limites sont dans le respect des règles d'ordre public des sociétés civiles (art. 1832 à 1844-17 C. civ.) et des sociétés commerciales et dans les dispositions impératives propres aux S.A.S. (art. L. 227-1 et s. C. com.).

²²⁸ CAUSSAIN (J.-J.) Du bon usage de la S.A.S. dans l'organisation des pouvoirs. J.C.P. éd. E. 1999, p. 1664.- V. également : DAIGRE (J.-J.) Faut-il banaliser la société par actions simplifiée ? J.C.P. éd. E. 1999, p. 977. L'auteur reconnaît ses facultés d'allègement de la gestion administrative.

²²⁹ V. notamment PERIN (P.-L.) *Op. cit.*, spécialement pour un résumé p. 550.

²³⁰ En ce sens, COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 1300 et 1313.

évidemment exercer son action dans les limites de l'intérêt social et en respectant les prérogatives de l'assemblée. On peut prévoir une pluralité de gérants, ils sont alors investis des mêmes pouvoirs vis-à-vis des tiers, alors même que les statuts aménageraient leurs pouvoirs réciproques. La S.A.R.L. permet donc elle aussi une concentration de pouvoir sur le gérant.

Certaines formes de société proposent une concentration des pouvoirs au profit d'une catégorie d'associés.

b) *L'investiture de certains associés*

317- Ces dernières années révèlent la résurgence d'anciennes formes de sociétés comme la société en commandite simple ou par actions²³¹.

Ces sociétés sont dualistes et, par nature, inégalitaires puisqu'elles associent des commandités à l'âme d'entrepreneurs à des commanditaires investisseurs. Les premiers sont dans la même situation que des associés de S.N.C. : ils ont la qualité de commerçant et sont indéfiniment et solidairement tenus du passif social. En contrepartie, ils sont un rouage essentiel de la société. Les décisions ordinaires sont prises aux conditions fixées librement par les statuts, mais les modifications statutaires doivent être prises à l'unanimité des commandités. La survie même de la société est soumise à leur personne. Les seconds n'ont pas la qualité de commerçant²³². Leur nom est néanmoins connu des tiers et peut inspirer confiance. La responsabilité du commanditaire est limitée à son apport²³³.

Depuis quelques temps, la société en commandite par actions est notamment utilisée comme société holding afin de drainer les capitaux nécessaires au développement d'un groupe sans perte de pouvoirs²³⁴. Elle maintient la direction et la gestion de la société dans un cercle fermé de personnes même minoritaires²³⁵. Les praticiens en font un usage fécond bien que la doctrine n'y consacre que peu de développements. Ces sociétés déconcertent par leur caractère composite. Elles sont surtout la réponse à des cas pratiques, rebelles à toute classification.

²³¹ BERTREL (J.-P.) *Vers un renouveau de la société en commandite par actions ?* Banque 1986, p. 363.

²³² Une personne frappée d'incapacité ou d'interdiction de l'exercice de la profession commerciale peut être commanditaire.

²³³ Art. L 222-1 al. 2 C. com. Il n'a d'autres obligations que de réaliser son apport. Il n'est pas responsable de sa perte, son détournement ou même sa dissipation par le commandité. V. sur ce point : RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Op. cit.*, n° 1227.

²³⁴ V. le schéma p. 230 de l'ouvrage : BERTREL (J.-P.) et JEANTIN (M.) *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*. Litec, 1991.

²³⁵ Cet avantage compense la défaveur attachée à la lourdeur du fonctionnement associatif dual qui faisait de cette société un modèle désuet. V. notamment l'opinion de praticiens tels CARTY (S.) et LE BRETON (D.) *Petite entreprise, quel statut choisir ?* Economica, 1989, p. 27.

C'est leur forme qui permet de dissocier les pouvoirs des capitaux. Les fonctions de direction sont isolées des apporteurs de capitaux. Elles renforcent l'effet structurel par une flexibilité conventionnelle. A l'instar des sociétés civiles de droit commun, la liberté contractuelle est de mise s'agissant de l'organisation de la gérance²³⁶. En pratique, l'inconvénient lié à la responsabilité illimitée du commandité est souvent enrayé par l'interposition d'une S.A.R.L. assurant la gérance²³⁷. La dissociation entre le pouvoir et la détention du capital est totale.

Ce renouveau n'est pas curieux, car cette forme de société correspond à un modèle de pouvoir responsable²³⁸. Elle n'est de surcroît pas si éloignée de l'esprit de gouvernement d'entreprise. On redécouvre la faculté d'octroyer le pouvoir, non plus à des dirigeants auxquels ces fonctions échoient par hasard, mais à une catégorie d'associés actifs, les commandités²³⁹. La démocratie d'entreprise est toutefois relative lorsque les statuts organisent une gérance quasi-irrévocable²⁴⁰. De plus, le pouvoir n'a pas de cause financière, mais une cause juridique, ce qui ne s'accorde pas avec l'idée de capitalisme patrimonial. L'intérêt des commandités est toutefois de verrouiller le pouvoir.

318- Parallèlement à la redécouverte d'anciens modèles, le législateur a créé d'autres formes de sociétés permettant cette dissociation entre les associés apporteurs de capitaux simples et les associés apporteurs de capitaux mais de surcroît décideurs.

Ainsi peut-on voir dans la création des sociétés d'exercice libéral ce genre de société apte à la dissociation. Elles ont été introduites pour donner aux professions libérales le moyen de lutter contre la concurrence internationale en facilitant notamment le regroupement de capitaux²⁴¹. Les professions libérales peuvent ainsi exercer leur activité dans les formes sociales puisées dans le Code de commerce (S.A., S.A.R.L., S.A.S.²⁴², S.C.A.) La loi édicte des conditions de détention de capital protégeant les professionnels. On distingue les associés actifs des associés passifs qui n'exercent pas d'activité professionnelle au sein de la société.

²³⁶ On peut ainsi organiser une gérance à vie. BERTREL (J.-P.) La commandite, technique d'ingénierie juridique. Droit et patrimoine, décembre 1993, p. 26 et notamment p. 28.

²³⁷ LUCET (F.) et GIRAUD (L.) Le mariage d'une société « pilote » avec une société en commandite par actions. Dr. et patrimoine, mai 2001, p. 20 et s.

²³⁸ Le modèle a d'ailleurs un succès similaire en Allemagne avec le modèle GMBH Co KG.

²³⁹ Le débat sur le gouvernement d'entreprise a remis en question le pouvoir attribué au président et au conseil d'administration des sociétés anonymes, et non le principe d'attribuer le pouvoir à une minorité influente. S'agissant du président du conseil d'administration, on a parlé d'intronisation au lieu de délégation. S'agissant des sociétés en commandite, le pouvoir des commandités est d'origine et se justifie d'autant mieux.

²⁴⁰ On doit toujours réserver le pouvoir du tribunal de commerce de révoquer pour cause légitime le gérant à la demande de tout associé ou de la société. Art. L 226-2 C. com.

²⁴¹ COZIAN (M.), VIANDIER (A) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 1605.

²⁴² V. concernant la S.E.L.A.S. née de la loi du 15 mai 2001, PORACCHIA (D.) Quelles structures juridiques pour la création d'entreprise innovante. Dr et patrimoine, septembre 2001, p. 82.

Les professionnels doivent détenir ensemble, à la fois, plus de la moitié du capital et des droits de vote. L'attribution de la direction est de surcroît réservée aux professionnels de la société.

Cette tendance à distinguer apporteurs de capitaux et véritables associés actifs est récurrente en droit des sociétés. La création de telles sociétés est souvent initiée par des besoins de financement. C'est ainsi que les sociétés agricoles ont profité de cette structuration. On citera par exemple l'E.A.R.L. qui ouvre la société aux capitaux extérieurs en proposant une collaboration des exploitants avec les propriétaires sur la base d'un partenariat laissant toutefois la maîtrise de l'exploitation aux associés exploitants²⁴³.

La volonté pour le législateur de créer des sociétés offrant la possibilité de réserver un pouvoir influant à *certaines des associés* a répondu à un besoin. Le pouvoir est concentré entre les mains de ceux qui sont aptes à l'utiliser efficacement. L'influence, le poids dans les décisions sont détenus par une minorité d'associés en raison de leurs compétences. Leurs connaissances de l'activité développée doivent seules motiver les décisions sociales²⁴⁴. Cette répartition du pouvoir répond à une logique pratique. Elle s'avère d'ailleurs un enseignement valable pour toutes les sociétés entrepreneuriales. Ce constat pourrait tempérer les mesures de démocratisation excessives revendiquées par les actionnaires institutionnels en droit des sociétés²⁴⁵.

319- Le droit des sociétés connaît donc deux mouvements parallèles et potentiellement divergents. D'une part, les associés et actionnaires redécouvrent le pouvoir qu'est censé leur conférer leur titre et revendiquent son exercice. D'autre part, le législateur, tout en reconnaissant la légitimité des revendications démocratiques des apporteurs de capitaux²⁴⁶, s'efforce de ciseler des modèles sociétaires concentrant le pouvoir et favorisant la participation financière. Il ne s'agit pas d'un paradoxe, mais simplement de la révélation d'un réel besoin. L'efficacité de l'action suppose une concentration de pouvoir. En même temps, le support de capitaux est indispensable à son déploiement. L'opinion publique ne retient que la défense d'intérêts catégoriels. Il est en effet rare de cumuler les casquettes de porteur de projet et apporteur de capitaux. Du point de vue de ce dernier, la revendication du pouvoir résulte

²⁴³ PERREAU (S.) *L'exploitation à responsabilité limitée. Chemin de modernité*. Thèse Paris I, 1992.

²⁴⁴ Si les bailleurs de fonds détenaient le pouvoir, les décisions ne seraient pas forcément orientées vers l'activité mais vers la création de valeur.

²⁴⁵ Un banquier ne s'est jamais mêlé de décider du moment des semis ou de la moisson pour un agriculteur qu'il finance !

²⁴⁶ Il satisfait principalement à ces revendications par le biais de l'information et du contrôle que ces derniers peuvent exercer (v. *supra* n° 297), mais également par l'application juridique de la théorie de l'agence et la propriété qui est en progrès (v. *infra* n° 675).

d'un climat de défiance. Les rapports humains sont envahis de juridisme²⁴⁷. On ne signe plus de chèques en blanc. Dès lors, tout ce qui paraît anti-démocratique est chassé, car on considère que la démocratie est garante des droits individuels. Il s'agit davantage de malaises moraux que de dysfonctionnements juridiques ou économiques. Les notions de confiance, honnêteté et loyauté sont en cause et souvent à juste titre²⁴⁸. Dès lors, la cohésion solidaire qui résulte de l'association parvient difficilement à survivre au cours de la vie sociale. Les remèdes sont juridiques (instauration de contrôles, etc.), mais le malaise est humain.

320- Plus récemment encore, la loi MURCEF du 11 décembre 2001²⁴⁹ a renforcé les possibilités de dissociation entre pouvoir et capital avec les sociétés de participation financière de professions libérales²⁵⁰. Le législateur continue à favoriser la participation purement financière. On touche alors aux montages de sociétés qui prennent le relais lorsque la forme des sociétés ne permet pas de concentrer suffisamment le pouvoir.

B – Les montages sociétaires aménageant le pouvoir

321- Le contrôle se manifeste par le pouvoir qui appartient à l'assemblée générale de la société de désigner les dirigeants et de définir le cadre et les moyens de l'activité²⁵¹. Il appartient donc à ceux qui détiennent la majorité du capital. Cette majorité peut être détenue par une autre société. On se situe alors dans un groupe de sociétés. Le contrôle résulte de la combinaison de deux ou plusieurs sociétés qui constitue un montage²⁵². Le pouvoir est concentré par le jeu des participations dites contrôlaires. En effet, le jeu des montages sociétaires consiste à trouver le moyen d'avoir le maximum de pouvoir avec la mise minimale²⁵³.

Deux pratiques tiennent le haut du pavé. La plus simple est la technique de la société holding (1). Elle est de plus en plus courante. Elle est même utilisée en dehors des milieux

²⁴⁷ Les actions en responsabilité fleurissent. La presse de vulgarisation juridique prospère. L'ensemble se développe sur un excellent fondement : connaître et défendre ses droits. Mais la mise en application révèle un individualisme profond.

²⁴⁸ V. notamment les affaires qui ont fait l'actualité économique telles qu'ENRON, WORLD COM, etc.

²⁴⁹ DAIGRE (J.-J.) *Loi MURCEF du 11 décembre 2001*. J.C.P. éd. E. 2002, p. 165.- BERTREL (J.-P.) *Ingénierie juridique : les holdings de sociétés d'avocats ou de notaires*. Dr. et patrimoine, avril 2002, p. 22.

²⁵⁰ V. HOVASSE (H.) *Sociétés de participation financière des professions libérales*. Dr. sociétés décembre 2002, comm. 225, p. 32.

²⁵¹ DIDIER (P.) *Op. cit.* Tome 2, p. 543.

²⁵² Sur la définition du montage, v. *supra* n° 153.

²⁵³ Non seulement le contrôle ne coïncide pas avec la propriété du capital, mais en plus la surface financière nécessaire à son installation peut être négligeable. V. *infra* n° 405.

d'affaires, au sein des familles²⁵⁴. Elle se fonde sur une prise de contrôle directe ou indirecte. Une technique plus complexe à visée protectionniste est celle de l'autocontrôle (2).

1 - La holding

322- Une société holding²⁵⁵ se définit comme une société qui détient des participations dans d'autres sociétés. C'est donc son objet qui la caractérise. Il est d'acquérir ou de rassembler des parts ou actions d'autres sociétés afin de les gérer et d'en assurer le contrôle²⁵⁶. Elle a un caractère stratégique²⁵⁷. Elle doit être distinguée des sociétés de portefeuille qui ont également un actif se composant uniquement de titres de société²⁵⁸. La holding²⁵⁹, à la différence des sociétés de portefeuille, intervient dans la gestion des sociétés dont elle détient des titres²⁶⁰. Il ne s'agit pas d'un simple placement²⁶¹. Sa validité a été longtemps discutée avant d'être affirmée par la Cour de cassation²⁶². Elle joue donc un rôle politique actif. Elle est conçue comme un *instrument de gestion* des titres de participation au sein des groupes. La constitution d'une holding donne en conséquence naissance à un groupe de sociétés²⁶³. Elle répond au besoin pratique de travailler en petite équipe avec des moyens financiers conséquents pour assurer le développement de l'activité exploitée par les sociétés du groupe²⁶⁴.

²⁵⁴ REINHARD (Y.) La holding familiale. Defrénois 2001, n° 37313.- GAULTIER (A.) *Les holdings familiales, pérennité et succession*. Ed. Organisation, 1987.

²⁵⁵ DRUMMOND (F.) *Les sociétés dites « holdings »*. Thèse Paris II, 2 vol., 1993.

²⁵⁶ MERLE (Ph.) *Op. cit.*, n° 641.

²⁵⁷ DIDIER (P.) *Op. cit.*, tome 2, p. 550. Cette société mère a pour seul objet la définition et la mise en oeuvre de la stratégie d'un groupe qu'elle contrôle et pour seul actif le portefeuille de titre qu'elle détient dans le capital de ses filiales.

²⁵⁸ Dans ces sociétés, l'objectif de contrôle de participation est très marginal.

²⁵⁹ Le genre du mot est incertain. En ce sens, Le Petit Robert, v° holding, et DIDIER (P.) *Op. cit.*, p. 550.- Certains auteurs retiennent le masculin [v. MERLE (Ph.) *Op. cit.*, n° 641.], d'autres le féminin [v. COZIAN (M.), VIANDIER (A) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 1785 ; LEGEAIS (D.) *Op. cit.*, n° 331.]

²⁶⁰ V. en ce sens : COZIAN (M.), VIANDIER (A) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 1961.

²⁶¹ De la même manière, elles se distinguent des sociétés d'investissement ou des compagnies financières. V. Lamy droit du financement n° 1064.

²⁶² La validité des sociétés de portefeuille était discutée sur le fondement qu'elles dissimulaient une convention de vote et aboutissaient à une dépossession des sociétés contrôlées. La Cour de cassation dans la célèbre affaire Rivoire et Carret a affirmé sa validité [Cass. Com. 2 juillet 1985. Bull. Joly 1986, p. 229 et 374, obs. LE BRAS (W.)- *Aide* : Cass. Com. 24 février 1987. Bull. Joly 1987, p. 213, obs. LE CANNU (P.)]. La jurisprudence a aujourd'hui clairement établi que le rôle d'une telle société consiste précisément à exercer un contrôle sur les filiales pour définir la politique économique de l'ensemble.

²⁶³ V. *supra* n° 161.

²⁶⁴ GODE (P.) La pratique des affaires dans le cadre d'un groupe de sociétés. Petites Affiches 19 novembre 1997, n° 139, p. 12. L'auteur souligne l'importance de la concentration de pouvoir pour assurer le secret des transactions mais également la rapide réactivité du centre de décision.

323- La détention de titres par l'intermédiaire d'une société holding permet d'obtenir un triple effet levier : juridique, financier²⁶⁵ et fiscal²⁶⁶. Le levier juridique s'illustre par la possibilité d'exercer du pouvoir non seulement au sein de la holding, mais aussi au sein d'une société cible²⁶⁷ par le biais des participations. Ce contrôle est assuré grâce à une part réduite du capital de celle-ci²⁶⁸. Ainsi, une société mère holding peut posséder 50% des actions plus une d'une société A et la contrôler. Si la société A détient elle-même 50% des actions plus une d'une société B, la société holding mère contrôle la société B en ne maîtrisant que 25% de son capital. En pratique, dans une société au capital très dilué, une participation moindre suffira. Une cascade de holdings est également possible²⁶⁹. Le contrôle est un pouvoir exponentiel. On distingue les holdings par le haut des holdings par le bas. Dans la première hypothèse, ce sont les associés de la société existante qui apportent leurs titres à la holding. Dans la seconde hypothèse, une société filialise ses activités en vue de sa restructuration et ne conserve que les titres reçus en rémunérations des apports consentis à ses sociétés filiales. La doctrine a reproché à la holding d'être un moyen de contrôler sans argent²⁷⁰. C'est la dissociation du capital et du contrôle qui choque²⁷¹, alors que tout aménagement du pouvoir dans les sociétés conduit à ce résultat.

324- Aucune forme n'est imposée à la société holding²⁷². Les formes sociales adoptées sont diverses et dépendent de l'objectif poursuivi²⁷³. L'effet peut même être accentué si l'on choisit une forme sociale permettant la concentration du pouvoir. Ainsi la société civile a pu être utilisée comme holding à raison de la souplesse d'organisation de la direction qu'elle conférerait et de la possibilité de prévoir un droit de vote plural²⁷⁴. La création d'un vote triple permettait aux fondateurs de contrôler la société holding en ne détenant que 16,3% du capital, lorsque les arrivants postérieurs sont privés du même type d'avantages²⁷⁵. La société anonyme

²⁶⁵ La capacité financière nécessaire pour contrôler l'activité est moindre.

²⁶⁶ V. *infra* n° 727 et s.

²⁶⁷ MAIRE (C.) Créer une holding de contrôle. Option finance 1989, n° 74.

²⁶⁸ PEYRELEVADE (V.) Contrôler sans argent, emprunter sans surface. Banque 1985, n° 453, p. 773.

²⁶⁹ V. également les intérêts de telles cascades concernant la transmission, par exemple *infra* n° 371.

²⁷⁰ PEYRELEVADE (V.) Art. préc., qui fait une démonstration mathématique.

²⁷¹ V. notamment DRUMMOND (F.) *Op. cit.* L'auteur considère que le système porte atteinte au principe de proportionnalité qui devrait limiter le pouvoir d'un actionnaire au montant de sa part dans le capital.

²⁷² V. CANNARD (R.) Comment et sous quelle forme constituer une holding ? Dr. et patrimoine, avril 1994, p. 24.

²⁷³ CASTAGNE (S.) La dernière compilation des holdings : n° 1 du "hit parade des transmissions d'entreprise". Dr des sociétés décembre 1998, p. 4. L'auteur décline les avantages, inconvénients et applications des diverses formes sociales, qu'elles soient traditionnelles, rénovées ou nouvelles.

²⁷⁴ V. notamment BERTREL (J.-P.) Ingénierie juridique : le montage Moulinex. Dr. et patrimoine, septembre 1997, p. 38 et s.

²⁷⁵ COURET (A.) et MARTIN (D.) Les sociétés holdings. Que sais-je ? n° 2598 p. 71.

a également été utilisée à cette fin. Néanmoins, aujourd'hui, ces sociétés devraient laisser leur place à la S.A.S.²⁷⁶ qui présente les mêmes aptitudes (droit de vote multiple) avec des atouts supplémentaires. Par rapport à la société civile, elle bénéficie de la limitation de responsabilité et de la modicité des coûts²⁷⁷. Par rapport à la S.A., l'atout réside dans la liberté d'aménagement statutaire²⁷⁸.

Le pouvoir dont peuvent disposer les dirigeants d'un groupe par le biais des montages est quasi-illimité. Afin d'éviter un renversement de majorité dans une société les ayant nommés, ils renforcent de surcroît ce pouvoir par des mesures d'autocontrôle.

2 - L'autocontrôle

325- Il y a autocontrôle lorsqu'une société détient directement ou indirectement ses actions par une autre société²⁷⁹. Ce montage permet de verrouiller le pouvoir. Le rachat par une société de ses propres actions a été longtemps interdit par l'article L 225-206 du Code de commerce. La loi n° 98-546 du 2 juillet 1998²⁸⁰ a maintenu les exceptions antérieurement aménagées (refus d'agrément d'un cessionnaire, réduction de capital, attribution d'actions aux salariés²⁸¹, régulation du cours de bourse de la société), mais elle a conservé le principe de souscription par une société de ses propres actions. De plus, le rachat aux fins de gestion financière n'est permis qu'aux sociétés dont les titres sont cotés sur un marché réglementé²⁸². Le rachat par une société de ses propres actions est la forme la plus avancée de verrouillage du pouvoir mais n'est possible que sur justification.

²⁷⁶ BERTREL (J.-P.) *La S.A.S. : bilan et perspectives*. Dr. et patrimoine, septembre 1999, p. 40 et s. et spéc. p. 41 ; la S.A.S. présente également des aptitudes pour constituer une filiale.

²⁷⁷ S'agissant d'une société par actions, la cession des valeurs sociétaires y est moins imposée que dans une société civile. V. REINHARD (Y.) Art. préc. v. *infra* n° 871 et s.

²⁷⁸ COURET (A.) *Le statut juridique du pouvoir dans les groupes de sociétés*. In *Etudes offertes à Jacques Mourgeon*. Bruylant-Bruxelles 1998, p.57 et s., n° 2. A côté de ce pouvoir fortement centralisé que constitue la holding, on observe dans certains groupes de société une forme de décentralisation, qui va à l'encontre des modèles intégrés.

²⁷⁹ COZIAN (M.), VIANDIER (A) et DEBOISSY (F.) *Op. cit.*, n° 1963.

²⁸⁰ Loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier. J.O. 3 juillet 1998, 10122.- VIANDIER (A.) *Le rachat d'action après la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998*. R.J.D.A. 1998, p. 590.- *Adde* : MORTIER (R.) *Le rachat par la société de ses droits sociaux*. Thèse Rennes, 2001.-L'objectif de la loi était de dégager des capitaux disponibles pour l'investissement dans des sociétés en cours de croissance.

²⁸¹ V. *infra* n° 547.

²⁸² COZIAN (M.), VIANDIER (A) et DEBOISSY (F.) *Op. cit.*, n° 1020 et s.

326- L'autocontrôle se manifeste par un système complexe de prise de participations. Tous les schémas ne sont pas validés par le droit français²⁸³. Les participations croisées ou réciproques dans les S.A. sont ainsi réglementées par l'article L 233-29 al. 1 du Code de commerce²⁸⁴. Elles consistent pour une société A à détenir une participation dans B, alors que B détient elle-même une participation dans A. Les participations réciproques ne sont admises que si aucune des deux sociétés ne détient plus de 10 % du capital de l'autre²⁸⁵. Cette limitation tend à assurer la réalité du capital social²⁸⁶. Les participations réciproques dans les S.A. et autre forme de société sont pareillement réglementées par l'article L 233-30 du Code de commerce²⁸⁷.

Les limitations ont donc conduit les praticiens à envisager des participations circulaires ou triangulaires par l'insertion d'une troisième société. La boucle d'autocontrôle peut être décrite de la manière suivante. La société A détient une participation dans la société B, laquelle détient des intérêts dans la société C, cette dernière détenant une fraction du capital de A.

327- Dans une perspective d'administration du patrimoine, un tel montage peut avoir pour objectif de conforter les contrôleurs dans leur pouvoir. Cet intérêt politique est critiqué autant que l'inconvénient financier. En effet, l'autocontrôle aboutit également à majorer fictivement la valeur des sociétés considérées. La loi du 2 août 1989²⁸⁸ a supprimé purement et simplement tout droit de vote à raison de ces valeurs sociétaires²⁸⁹. Il n'en est pas tenu compte pour le calcul du quorum (article L 233-31 du Code de commerce). Elles conservent toutefois les droits autres tels que le droit aux dividendes²⁹⁰. L'autocontrôle ne permet donc

²⁸³ Pour une vue d'ensemble de droit comparé, v. BOUCOBZA (X.) *L'acquisition internationale de société*. *Op. cit.*, n° 245.

²⁸⁴ Le législateur a dû s'y reprendre à plusieurs fois pour réglementer ces prises de participation souvent constitutives d'abus. La loi du 4 mars 1943, complétée par la loi du 24 juillet 1966, a dans un premier temps tenté de mettre fin aux combinaisons douteuses. C'est finalement la loi du 12 juillet 1985 et celle du 2 août 1989 qui ont superposé aux précédentes réglementations des règles d'inspiration nouvelle. V. RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Op. cit.*, n° 2012.

²⁸⁵ Pour un exposé de la mise en œuvre de cette règle, v. MERLE (Ph.) *Op. cit.*, n° 662.

²⁸⁶ L'interdiction s'applique également à une société filiale qui ne peut pas prendre de participations dans le capital de sa société mère sur l'ordre de celle-ci (art. 217 de la loi de 1966).

²⁸⁷ Dès lors que la société par actions détient plus de 10% de l'autre société, aucune participation réciproque n'est possible. Si la fraction de la S.A. est inférieure à 10%, alors l'autre société peut détenir elle-même jusqu'à 10% du capital de la S.A.

²⁸⁸ Loi n° 89-531 du 2 août 1989, relative à la sécurité et à la transparence du marché financier. J.O. 4 août 1989, 9822.

²⁸⁹ COURET (A.) *La mise en œuvre des nouvelles dispositions sur l'autocontrôle*, Bull. Joly 1991, § 284, p. 789.- RICHARD (J.) *Participations croisées et autocontrôle* J.C.P. éd. N.1990, 55.

²⁹⁰ BONNEAU (T.) *Autocontrôle, planchers et plafonds en matière d'offres publiques d'acquisition*, Rev. dr. banc. septembre-octobre 2000, p. 281.

pas d'exercer une influence positive dans le cadre d'une prise de décision, mais il peut agir encore comme une défense contre la prise de pouvoir extérieure²⁹¹. En effet, il conduit au verrouillage de la direction des sociétés concernées et interdit toute prise de participation extérieure. La dilution complexe des participations ajoutée à des facteurs d'extranéité dissimule souvent ce verrouillage organisé et effectif²⁹².

328- Ces organisations du pouvoir ne se justifient qu'au dessus de certains seuils. La société doit avoir atteint une certaine taille pour qu'ils soient rentables. Plus difficile à manier, la gestion politique y est en effet alourdie par la démultiplication des organismes consultatifs ou de contrôle. On peut même douter de la solidité de l'abri ainsi constitué par les détenteurs du pouvoir. Le pouvoir des dirigeants reste entouré d'un certain mystère et fragilisé par l'absence d'un véritable statut des groupes de sociétés²⁹³. En toute hypothèse, la liberté d'action du pouvoir central trouve ses limites dans l'autonomie résiduelle des entités du groupe traduite par l'intérêt social distinct de chaque société²⁹⁴. Il n'est alors pas étonnant de rechercher la concentration du pouvoir par le biais de modèles intégrés.

Evitant la lourdeur des structures de groupe, le pouvoir sur le patrimoine peut également être organisé en jouant au niveau *micro-juridique*, c'est à dire sur les valeurs sociétaires conférées à l'apporteur.

Paragraphe 2 - L'aménagement *micro-juridique* de la détention sociétaire du patrimoine

329- Les techniques sociétaires de concentration de pouvoir se caractérisent par la dissociation du capital et du pouvoir qu'elles opèrent. Alors qu'au niveau *macro-juridique*, cette dissociation résultait de l'organisation d'un pouvoir directorial ou majoritaire²⁹⁵, au

²⁹¹ L'usufruit constitue également une technique d'autocontrôle. Il est un remède à la paralysie du droit de vote des actions d'autocontrôle. V. Lamy droit du financement n° 1158.

²⁹² POITRINAL (F.D.) L'intérêt pratique des actions d'autocontrôle après le 1^{er} juillet 1991. Petites affiches 4 octobre 1991, p. 18.- Egalement en ce sens, BOUCOBZA (X.) *Op. cit.*, n° 245 : « les actions détenues en autocontrôle pourront faire l'objet d'une cession à une société amie, à un chevalier blanc en cas d'imminence d'une offre publique. L'autocontrôle peut d'autant plus être dissimulé qu'il est indirect, car il est difficilement décelable dès lors qu'il s'inscrit dans un ensemble de participations complexes ».

²⁹³ COURET (A.) Le statut juridique du pouvoir dans les groupes de sociétés. Art. préc., n° 4.

²⁹⁴ *Ibid.*, n° 6 et s.

²⁹⁵ Ce dernier pouvait résulter de dispositions statutaires ou émaner de participations contrôlées.

niveau *micro-juridique*, elle est opérée sur la valeur sociétaire. Le pouvoir individualisé est aménagé.

Cet aménagement consiste à neutraliser le pouvoir attaché à la valeur sociétaire. La plupart du temps, il est « réattribué » concentrant ainsi le pouvoir aux mains de certains et laissant aux autres les attributs financiers du titre. Ce type d'aménagement est facilité par des techniques sociétaires (A) ainsi que civilistes (B).

A – L'aménagement sociétaire des droits politiques des valeurs sociétaires

330- L'article L 125-122 du Code de commerce pose un principe de proportionnalité du droit de vote à la quotité du capital détenu. Deux pistes permettent toutefois d'atteindre le droit de vote de la valeur sociétaire. La première se contente de le neutraliser (1). La seconde modifie directement cet attribut du titre (2).

1 - La neutralisation des droits de vote

331- Dans certains cas, les statuts peuvent prévoir des hypothèses dans lesquelles le droit de vote ne peut pas s'exercer pleinement : il est neutralisé²⁹⁶.

L'exercice du droit de vote a été en premier lieu empêché par une limitation d'accès à l'assemblée²⁹⁷. L'entrée était subordonnée à la possession d'un certain nombre d'actions. Toutefois, cette disposition de l'article L 225-112 du Code de commerce a été supprimée par la loi N.R.E. du 15 mai 2001²⁹⁸.

L'exercice du droit de vote est en second lieu plafonné par des clauses statutaires²⁹⁹. Le nombre de voix appartenant à un même actionnaire est ainsi limité (article L 225-125 du Code de commerce). Le plafonnement du nombre des voix dont dispose chaque actionnaire dans les

²⁹⁶ Le législateur prévoit également le gel du droit de vote comme dans l'hypothèse de l'autocontrôle ou du non respect des informations en cas de franchissement des seuils. Mais cela constitue une sanction et ne concourt pas au renforcement du pouvoir, bien au contraire... V. sur ce point, RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Op. cit.*, n° 1607.

²⁹⁷ PELTIER (F.) La limitation du droit d'accès aux assemblées d'actionnaires. Bull. Joly 1993, p. 1107 et s.

²⁹⁸ C'est une illustration de la tentative de rétablissement du pouvoir des actionnaires. V. sur ce point *supra* n° 290 et s.

²⁹⁹ Pour un exemple de ce type de clauses, v. Dict. perm. droit des affaires, Fasc. Assemblées d'actionnaires, n° 93.- La C.O.B. tout comme la 5^{ème} directive de droit communautaire en droit des sociétés sont opposées à ce type de clause. V. RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Traité de droit commercial. Les sociétés commerciales. Op. cit.*, n° 1567.

assemblées n'est possible que sous la condition que la limitation soit imposée à toutes les actions sans distinction de catégorie. De surcroît, ce type de clause peut être limité à certains types de décisions seulement³⁰⁰. Le plafonnement, en s'imposant statutairement à tous les titres sans exception, n'altère pas leurs attributs. Il atteint en revanche l'actionnaire dans l'exercice de ses droits.

332- Ces mesures statutaires ont leurs limites. Elles sont susceptibles de porter atteinte aux droits fondamentaux des associés et peuvent même constituer un abus de droit. On craint à juste raison que certaines d'entre elles poursuivent un but d'expropriation³⁰¹. Il convient donc d'aménager le pouvoir avant l'arrivée de l'associé, afin qu'il acquière ses valeurs sociétaires en connaissance de cause. La Cour de cassation a affirmé clairement que le droit de vote d'un actionnaire ne pouvait pas être supprimé³⁰². Seule la loi peut prévoir cette éventualité. Au niveau micro-juridique, cette suppression se constate dans des hypothèses de segmentation du titre³⁰³.

2 - La modification des droits de vote

333- Le principe de proportionnalité est également remis en question par les altérations du titre social. Tantôt l'action est démembrée afin d'en retirer le droit de vote qui est « réattribué » (a), tantôt elle bénéficie d'une augmentation de son droit de vote (b).

³⁰⁰ Ces clauses permettent de minimiser le pouvoir (et *a contrario* de renforcer le contrôle) lorsqu'on les associe à des montages. V. pour un exemple : CONTIN (R.) et DESLANDES (M.) Art. préc., p. 57. Les auteurs fournissent l'exemple résumé ci-après : une S.A. composée de 12 000 actions avec une clause indiquant que chaque actionnaire ne peut pas exprimer plus de 1000 voix pour toutes les décisions. Le cessionnaire successeur rachète 1 000 actions tandis que les 11 000 autres sont apportées à une SARL dont le capital est divisé en 11000 parts sociales d'une valeur nominale correspondant à la valeur vénale des actions apportées. Le capital de la SARL est réparti pour 3000 parts sociales au successeur, qui dispose ainsi d'une minorité de blocage, et le restant à d'autres cessionnaires. Le successeur se trouve à égalité avec le reste des cessionnaires grâce à la paralysie opérée par la clause.

³⁰¹ La cause serait un intérêt privé : celui de la société voire des détenteurs du pouvoir. Or ce type d'expropriation porte atteinte aux principes constitutionnels.

³⁰² Cass. Com., 9 février 1999. *Château d'Yquem*. Defrénois 1999, art. 36991, p. 625, n° 5, note HOVASSE (H.)- J.C.P. éd. E. 1999, p. 724, note GUYON (Y.) ; Rev. sociétés 1999, p. 81, note LE CANNU (P.) ; J.C.P. 1999, II, 10168, note BLANC (G.) ; R.T.D. com. 1999, p. 902, obs. REINHARD (Y.) ; Dr. sociétés mai 1999, commun. n° 67, obs. BONNEAU (T.) ; D. affaires 1999, p. 517, obs. M.B. Cet arrêt a sans doute influencé le législateur dans la voie de la suppression de l'art. L 225-112 C. com.

³⁰³ V. l'expression utilisée par LE CANNU (P.) L'acquisition de la qualité d'actionnaire. Rev. sociétés 1999, p. 520.

a) *L'altération des droits de vote*

334- L'élargissement de l'actionnariat peut être maîtrisé à l'aide de nouveaux instruments altérant le droit de vote³⁰⁴. Un capital non votant existe en effet. Tel est le cas des actions à dividende prioritaire sans droit de vote³⁰⁵, qui permettent de neutraliser sur un plan politique une fraction du capital égale à 25 %. On reconnaît à ces actions l'intérêt pour les dirigeants de société d'importance moyenne de faire appel aux capitaux extérieurs sans perdre le contrôle³⁰⁶. La condition préalable à l'émission de telles actions est qu'elles soient prévues par les statuts (soit dans leur rédaction initiale, soit par modification ultérieure). La société doit également avoir réalisé des bénéfices distribuables pendant deux années. Le droit de vote n'est pas supprimé mais seulement suspendu. En cas de non versement de dividendes pendant trois exercices, le droit de vote renaît. Ce risque de résurgence du droit de vote ne peut pas être occulté, notamment pour les temps de crise économique.

335- Ce risque n'existe pas concernant les certificats d'investissements³⁰⁷, qui répondent pourtant à la même logique, puisqu'ils sont privés de leur droit de vote³⁰⁸. Ils peuvent également représenter 25 % du capital³⁰⁹. En contrepartie, naissent des certificats de droit de vote. La dissociation opérée entre pouvoir et propriété du capital est totale³¹⁰.

³⁰⁴ On exclut par principe de notre étude les instruments tels que les bons de souscription, les obligations, les valeurs complexes qui ne sont que du capital potentiel : au moment de la souscription de telles valeurs, l'acteur juridique ne devient pas associé ou actionnaire. Or le but de notre étude est d'observer l'impact des seules techniques qui font du détenteur un associé. Mais il est clair que ces produits, s'ils ne font pas de leur titulaire des associés, servent pour ceux en place à mieux contrôler la société sans financement. Pour certains d'entre eux, il faut toutefois tenir compte de l'incertitude qui existe quant à la pérennité du pouvoir conquis avec leur aide. Les obligations remboursables en actions postulent nécessairement l'arrivée, à terme, de nouveaux actionnaires titulaires d'un droit de vote. Quant aux obligations convertibles en actions, il s'ajoute à la perspective d'arrivée de nouveaux actionnaires, l'insécurité liée à l'ignorance de sa proportion. Un aléa demeure quant à la fraction d'obligataires qui usera effectivement de sa faculté de conversion.

³⁰⁵ Art. L 225-126 C. com.

³⁰⁶ V. en ce sens : RIPERT (G.) et ROBLOT (G.) *Op. cit.*, n° 1547.

³⁰⁷ VIANDIER (A.) Certificats d'investissement et certificats de droits de vote. J.C.P. éd. C.I. 1983, I, 1411.- C'est parce qu'ils représentent une quotité du capital que ces valeurs mobilières sont intégrées à notre étude.

³⁰⁸ Ce droit de vote ne renaît qu'à la condition que l'action soit reconstituée c'est à dire que le droit de vote soit cédé au titulaire du certificat d'investissement.

³⁰⁹ Les auteurs s'interrogent sur la possibilité de cumuler ces outils juridiques. Si la loi ne l'interdit pas expressément, le cumul semble heurter son esprit. Près de 50 % du capital serait du capital non votant. On peut penser que la détention nécessaire au contrôle de la société se ramènerait à une peau de chagrin. De telles solutions souffriraient d'un déficit démocratique, anachronique compte tenu de l'évolution du droit des sociétés et du renouveau du rôle de l'actionnariat. Le capital non votant peut effectivement se satisfaire du dédommagement financier qui lui est offert en temps de croissance. Mais si la politique sociale, voire l'économie mondiale devient défavorable, l'actionnariat demande nécessairement un droit de regard, et donc un droit de vote, un droit de contrôle retrouvé.

³¹⁰ Pour un exemple d'application, voir : CONTIN (R.) et DESLANDES (M.) Art. préc., p. 60.

336- Ces manipulations placent le détenteur face à une situation librement consentie. Il acquiert en connaissance de cause. La concentration du pouvoir retrouve sa source dans la volonté individuelle, ce qui est bénéfique dans l'administration du patrimoine. Toutefois, dans les deux hypothèses, la maîtrise du pouvoir se fait au détriment des revenus, puisque ces instruments sont mieux rémunérés pour compenser la perte du droit de vote. Le prix du pouvoir est donc cher pour la société³¹¹ et l'on peut craindre que cela pèse sur sa croissance. Il convient en conséquence de s'interroger sur l'opportunité de développer à l'extrême ces outils dans une perspective de contrôle de la société. Favoriser le capital non votant ne peut, en réalité, s'envisager que lors d'opérations ponctuelles de financement. La logique entière du contrôle de la société ne peut se concevoir en multipliant ce type d'actionnariat. Il présente économiquement et même stratégiquement³¹² des inconvénients. Ainsi, comment convaincre l'actionnariat traditionnel de s'investir dans une société qui dépense à outrance pour rémunérer du capital non votant ? Le rendement des actions, *credo* des actionnaires traditionnels, est alors difficile. Au final l'objectif de contrôle ferait perdre l'objectif de rentabilité. Ces techniques de droit des sociétés ne peuvent donc suffire. Elles doivent venir en accompagnement d'autres schémas ou en solution d'appoint face à l'imprévu.

b) L'augmentation des droits de vote

337- Dans la S.A., l'octroi d'un droit de vote double poursuit le seul objectif de consolidation du pouvoir. Il est indépendant de la considération de capital. Très utilisé par la pratique, son régime dépend de l'article L 225-123 du Code de commerce. Pour pouvoir être attribuées, les actions doivent être entièrement libérées et il doit être justifié d'une inscription nominative d'au moins deux ans au nom du même actionnaire³¹³. Ce délai de détention peut être allongé par les statuts jusqu'à quatre ans au maximum. Le droit de vote double permet

³¹¹ Et par ricochet pour les détenteurs du pouvoir.

³¹² On dénonce notamment le danger de multiplier à outrance les types d'actionnariat, car ils diminuent la marge de manœuvre stratégique du dirigeant. V. notamment Lamy droit du financement, n° 1142.

³¹³ Ce délai peut toutefois être écarté dans quatre hypothèses. En cas de fusion ou scission, le droit de vote double pourra être exercé dans la société bénéficiaire, si celle-ci l'a institué. De même en cas de rachat par les salariés de l'entreprise, ces derniers bénéficient du droit de vote double dès l'émission des actions de la société nouvellement créées. En cas d'augmentation de capital par incorporation des réserves, bénéfiques ou primes d'émission, le droit de vote peut être accordé immédiatement aux actions nouvelles attribuées gratuitement à un actionnaire au titre d'actions anciennes présentant les mêmes caractéristiques. Enfin, si le droit de vote double est accordé durant la vie sociale, tout actionnaire justifiant d'une inscription nominative depuis au moins deux ans pourra jouir du droit de vote double immédiatement.

d'affermir le pouvoir, voire de le pérenniser dans le cadre d'une transmission³¹⁴. Il est même permis de réserver ce droit dans les statuts aux ressortissants de nationalité française ou d'un Etat membre de l'Union européenne. Le champ d'application de ces actions à droit de vote double est toutefois restreint, puisqu'elles constituent une sorte de prime de fidélité. Le droit de vote double disparaît du fait de la cession³¹⁵ ou de l'apport des actions. Elles permettent toutefois de protéger la société contre les agressions extérieures. Les conditions d'octroi de ces actions en font des valeurs exceptionnelles qui ne peuvent constituer qu'une dérogation au principe de proportionnalité entre capital détenu et influence politique exercée dans les S.A.

338- De la même manière, dans les S.A.S., il est possible de prévoir des actions à droit de vote multiple. La société civile autorise également la création de parts sociales à vote plural. Il est possible de fixer librement le nombre de voix dont dispose chaque associé. Ces droits de vote multiple constituent une souplesse intéressante. La flexibilité accordée est en partie liée à la forme de la société³¹⁶, mais la valeur sociétaire prend un autre visage puisqu'on en augmente les qualités. Le régime de ces parts ou actions est très souple³¹⁷ et permet, avant de fidéliser l'actionnariat, de consolider le pouvoir.

339- Le droit des sociétés recèle des techniques qui portent une atteinte manifeste au principe d'égalité des associés ou actionnaires³¹⁸. Il est logique toutefois que l'aménagement du pouvoir se porte également sur les valeurs sociétaires, car avec le renouveau du pouvoir des actionnaires dans les S.A., l'actualité impose de s'intéresser plus qu'avant au pouvoir qu'elles véhiculent. Ce pouvoir, même s'il s'exprime plus difficilement que le pouvoir des organes de direction – gérance, conseil d'administration –, constitue plus que jamais l'amorce indispensable du contrôle. De plus, les techniques de concentration du pouvoir agissant sur les valeurs sociétaires ont cet avantage d'être plus générales et de pouvoir être envisagées dans quasiment tout type de société. Intégrées dans les statuts dès la constitution de la société, leur emploi peut se faire ensuite à toute étape de la vie sociale.

³¹⁴ V. *infra* n° 317 et s.- V. encore exemple cité par : CONTIN (R.) et DESLANDES (M.) Art. préc., p. 54.

³¹⁵ Sauf en cas de succession *ab intestat*, de donation à un parent successible ou au conjoint ou en cas de partage de communauté entre époux.

³¹⁶ V. *supra* n° 309 et s.

³¹⁷ JEANTIN (M.) *Observations sur la notion de catégories d'actions*, D. 1995, chron., p. 88.

³¹⁸ BERR (C.J.) Art. préc., p. 6. L'auteur remarque que la simple observation pratique suffisait pour constater que ces principes ne sont pas respectés en droit des sociétés et que cela s'explique par le besoin de contrôle.

A côté des techniques spécifiques du droit des sociétés, le droit civil connaît, dans le ressort du droit des contrats et du droit des biens, des techniques aptes à aménager le pouvoir émanant des valeurs sociétaires.

B – L'aménagement civil des droits politiques des valeurs sociétaires

340- Le droit civil reste un droit fondateur dont les techniques apparaissent d'une richesse inestimable³¹⁹. Certaines d'entre elles participent ainsi à l'aménagement du pouvoir dans les sociétés. Elles confèrent à plusieurs personnes des droits concurrents sur un même titre. Ces droits peuvent être personnels ou réels. Parfois, l'identification du propriétaire de l'action devient même difficile³²⁰. Il est possible de provoquer volontairement³²¹ la concurrence pour concentrer des droits de vote entre les mains d'un seul.

La délocalisation du droit de vote est un signe de sa réification³²². Elle peut se faire par le truchement de droits personnels (1) ou de droits réels (2).

1 - La délocalisation du droit de vote par des droits personnels

341- Le droit personnel ou droit de créance est le droit qu'a une personne d'exiger une prestation d'une autre³²³. Utiliser les droits personnels pour délocaliser le droit de vote implique qu'aucune segmentation du titre n'a lieu³²⁴. Le droit personnel a un effet translatif tantôt du pouvoir (a) tantôt de la valeur sociétaire elle-même (b)³²⁵.

³¹⁹ MOHAMED SALAH (M. M.) La place des principes et des techniques civilistes dans le droit des affaires. R.J. com. 1998, p. 1 et s. et p. 41 et s., v. notamment p. 43 à propos du développement de l'ingénierie juridique.

³²⁰ C'est le cas en matière d'actionnariat collectif comme avec les F.C.P.- V. sur ce point : GUYON (Y.) Le cas des organismes de placement collectif en valeurs mobilières. Rev. sociétés 1999, p. 551.- V. également le problème des A.D.R., E.D.R., *trustees, etc.* in COURET (A.) Art. préc., p. 555.

³²¹ La situation peut en effet être subie comme dans le cadre d'une succession avec l'usufruit du conjoint survivant.

³²² LEDOUX (P.) Le droit de vote des actionnaires. L.G.D.J., 2002, p. 359.

³²³ V. dictionnaire du vocabulaire juridique préc., v° Obligation.

³²⁴ Seul le propriétaire de la valeur sociétaire s'oblige. La valeur n'est pas altérée.

³²⁵ La technique du mandat (ou délégation de pouvoir) n'entre pas dans l'objet de ces développements qui visent à souligner la possibilité de se défaire du pouvoir de décision, et non de le faire exécuter par un autre. Le vote par un tiers mandaté n'empêche pas à la volonté de s'exprimer par l'intermédiaire du tiers. Au contraire, les techniques envisagées privent l'associé ou actionnaire de son pouvoir de décision. La volonté d'un autre, non propriétaire de la valeur sociétaire et donc non associé, s'exprime.

a) *Les conventions de vote*³²⁶

342- La convention a toujours été une source d'aménagement de certains droits. En l'espèce, le détenteur s'engage à voter selon les indications de son créancier. Le pouvoir de décision a été délégué aux termes de la convention à une autre personne. Le détenteur est donc l'exécutant d'une volonté externe. Le pouvoir s'*externalise* véritablement de la valeur sociétaire³²⁷.

343- La validité des conventions de vote n'est pas de règle. L'évolution des dispositions en la matière³²⁸ traduit l'indécision du législateur face à l'appréciation de la licéité de ces conventions. Sans doute écartelées entre l'utilité qu'elles représentent³²⁹ et le principe de libre exercice du droit de vote à préserver, les solutions actuelles s'avèrent relativement libérales. Certes le « trafic » de vote est toujours puni de peines correctionnelles³³⁰. La cessibilité du droit de vote n'est pas envisageable³³¹. En revanche, les conventions peuvent porter sur des *engagements de vote*.

344- Le droit de vote doit être l'expression d'une volonté librement exprimée. La gravité de l'atteinte portée au consentement et l'intérêt de la clause pour le fonctionnement de la société sont mis en balance. Ainsi des conventions qui tendent à régler l'exercice du droit de vote peuvent être validées³³². La jurisprudence semble valider celles qui laissent subsister un certain choix au profit de l'actionnaire et celles qui sont justifiées par l'intérêt social. Plus remarquable encore est le mouvement jurisprudentiel qui admet la gestion des droits de vote

³²⁶ TUNC (A.) *Les conventions relatives au droit de vote et l'organisation des sociétés anonymes*. Rev. sociétés 1942, p. 140.- CONSTANTIN (A.) *Réflexions sur la validité des conventions de vote*. In *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XX^e siècle*, 2001. *Op. cit.*, p. 251.- DIDIER (P.) *Les conventions de vote*. In *Mélanges Foyer*, 1997, p. 341.- *Adde* : LEDOUX (P.) *Op. cit.*, n° 414 et s.- MONSALLIER (M.-C.) *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la S.A.* L.G.D.J., 1998, n° 481 et s.- CONSTANTIN (A.) *Thèse préc.*

³²⁷ Le pouvoir n'est toutefois pas forcément extériorisé de la société dans la mesure où le bénéficiaire de la convention peut être un autre associé.

³²⁸ Pour un bref résumé historique, v. RIPERT (G.) et ROBLOT (G.) *Op. cit.*, n° 1609.

³²⁹ Elles jouent notamment un rôle intéressant dans les actions de concert (art. L 233-10 C. com.) et le contrôle conjoint (art. L 233-16 C. com.)

³³⁰ Art. L 242-9 C. com.- COZIAN (M.), VIANDIER (A) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 829.

³³¹ Il n'est pas inutile de rappeler ici qu'on ne peut pas renoncer à son droit de vote, ni céder son droit en le séparant de son titre. Le mandat irrévocable est donc prohibé. V. Cass. Com., 17 juin 1974. Rev. sociétés 1977, p. 84, note RANDOUX (D.).- v. également : RIPERT (G.) et ROBLOT (G.) *Op. cit.*, n° 1610.

³³² V. sur ce point : RIPERT (G.) et ROBLOT (G.) *Op. cit.*, n° 1611. La jurisprudence condamne par exemple l'engagement pris par un actionnaire de voter pour un candidat à un poste d'administrateur mais valide une convention favorable à une augmentation de capital nécessaire pour la société (PARIS, 30 juin 1995. *Metaleurop*. J.C.P. 1996, II, p. 795, note DAIGRE (J.-J.)

par une société. L'exercice collectif est validé et la technique sociétaire est une nouvelle fois mise en lumière pour son aptitude à fédérer et gérer³³³. La convention transfère alors plus que le pouvoir de décision nécessaire au vote. Elle transfère la valeur sociétaire elle-même à la société.

b) *Les conventions de portage*³³⁴

345- Pour transmettre l'exercice du pouvoir, certaines conventions prévoient la cession des titres (promesse de vente, etc.)³³⁵. Le portage³³⁶ d'actions ou de parts sociales est la convention par laquelle une personne prend une participation dans une société pour le compte de clients, lesquels demeurent dans les coulisses, la société concernée pouvant ignorer l'existence du portage et la qualité de son bénéficiaire. Les objectifs de ce type de conventions sont nombreux. La nécessité de placer une participation importante dans des mains amies, et donc de conserver du pouvoir, constitue une des finalités possibles de ce type de montage. Sa complexité le situe à la frontière de la dévolution et de la transmission du pouvoir sur le patrimoine³³⁷.

346- Cette utilisation du contrat pour aménager l'exercice du pouvoir est une forme de renouveau de la liberté contractuelle, particulièrement nette dans des structures rigides comme la S.A.³³⁸. Ces contrats peuvent porter sur des droits réels qui permettent également une gestion subtile du pouvoir.

³³³ PARIS, 20 octobre 1980. Rev. sociétés 1980, p. 774, note VIANDIER (A.); J.C.P. 1981, II, 19602, note TERRE (Fr.) « La constitution d'une personne morale ayant pour objet d'acquérir et gérer la majorité des titres représentant le capital d'une autre société n'est pas en elle-même une opération illicite. » Les holdings sont de la même manière validées, v. Grandes décisions, p. 282, obs. CHARTIER (Y.) et MESTRE (J.)- Différents atouts de la technique sociétaire se combinent : l'avantage de structuration sociale pour la forme du gestionnaire et la souplesse d'aménagement du pouvoir des valeurs sociétaires.

³³⁴ TREILLE (B.) Les conventions de portage. Rev. sociétés 1997, p. 721.- SOUMRANI (P.) *Le portage d'actions*. L.G.D.J., 1996.

³³⁵ V. également *infra* n° 389.

³³⁶ LUCAS (F.-X.) *Les transferts temporaires de valeurs mobilières*. L.G.D.J., 1997, et en particulier p. 55 et s. pour les caractéristiques de conventions de portage.

³³⁷ Pour un exemple d'opération de portage, v. Cass. com., 16 décembre 1997. Dr. sociétés avril 1998, comm. n° 68, obs. HOVASSE (H.) L'arrêt porte toutefois sur la responsabilité de la société de gestion qui avait accepté d'acquérir les actions dans le cadre de la convention de portage. Sur la responsabilité des sociétés de gestion, v. notamment *infra* n° 651.

³³⁸ MONSALLIER (M.-C.) *Op. cit.*

2 - La délocalisation du droit de vote par les droits réels

347- Le droit réel est le droit qui donne à une personne un pouvoir direct et immédiat sur une chose³³⁹. Dans cette hypothèse, la valeur sociétaire jusqu'alors sous l'emprise d'un seul détenteur, est grevée d'un droit réel au profit d'un tiers. Ce tiers peut être autorisé à exercer les prérogatives liées au droit de vote. La liste des droits réels n'est pas exhaustive. L'usufruit et la nue-propriété, le droit d'usage et d'habitation, les servitudes sont le plus souvent cités. L'emphytéose, le droit de superficie, le droit du preneur à bail à construction, etc. doivent également être mentionnés³⁴⁰. La plupart de ces droits se rapportent à une propriété immobilière. Seuls les effets du démembrement usufruit/nue-propriété semblent être pertinents à analyser relativement aux valeurs sociétaires. Ils suggèrent une segmentation du titre analogue à celle opérée par certaines techniques du droit des sociétés³⁴¹. Cette technique peut donc affecter le droit de vote. Le démembrement provoque un effet levier supplémentaire (a) éventuellement accentué par une répartition originale des pouvoirs entre usufruitier et nu-propriétaire (b).

a) L'effet levier du démembrement associé à la technique sociétaire

348- Le démembrement de propriété participe de ces techniques qui « organisent la concurrence de plusieurs personnes sur un même bien »³⁴². Alors que certaines techniques laissent la propriété intacte³⁴³, le démembrement au contraire procède à un « découpage »³⁴⁴ de la propriété³⁴⁵.

La plupart des auteurs distinguent le démembrement général, qu'opère par exemple la distinction entre usufruit et nue-propriété, du démembrement spécialisé, qui détache de la propriété une prérogative particulière (comme la servitude). Cette distinction résulte

³³⁹ V. dictionnaire du vocabulaire juridique préc., v° droit réel.

³⁴⁰ V. TERRE (Fr.) et SIMLER (Ph.) *Les Biens. Op. cit.*, n° 718.

³⁴¹ V. *supra* n° 334.

³⁴² ATIAS (Ch.) *Droit civil, Les biens. Op. cit.*, n° 47.

³⁴³ C'est le cas de celles qui se fondent sur un rapport d'obligation pour conférer à plusieurs personnes des droits sur un bien comme un bail par exemple. C'est également le cas de la technique d'affectation à une société. Le propriétaire est changé, mais la propriété dans son entité n'est pas atteinte.

³⁴⁴ ATIAS (Ch.) *Ibid.*

³⁴⁵ On morcelle, divise en parties ce qui forme un tout et devrait rester entier.

certainement de l'analyse exégétique de l'article 543 du Code civil³⁴⁶. Toutefois, le démembrement, qui connaît chez les gestionnaires de patrimoine des heures de gloire depuis une quinzaine d'années³⁴⁷ et qui intéresse notre étude, est le premier.

Le démembrement de propriété peut s'entendre à deux degrés : dans une vision objective, il s'agit du démembrement du bien lui-même appartenant à une personne ; dans une vision subjective, il s'agit du démembrement du pouvoir exclusif que la personne a sur un bien. La définition objective du démembrement n'est plus satisfaisante eu égard à la variété des composants du patrimoine démembrés aujourd'hui. En particulier, le démembrement associé à la technique sociétaire impose une définition s'accordant avec l'incorporalité du bien. Le démembrement consiste alors à répartir entre plusieurs personnes les avantages du propriétaire. Ainsi, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* peuvent être concédés à différentes personnes certaines d'entre elles jouissant alors de droits réels sur le patrimoine d'autrui. Le concédant perd effectivement par cette opération un attribut de son droit : il y a répartition des pouvoirs et absence de concurrence.

349- La technique du démembrement et la technique sociétaire procèdent d'une idée commune : le partage entre plusieurs de l'utilité économique d'un bien. L'affectation d'un patrimoine à une société a pour effet de conférer à plusieurs un pouvoir sur un patrimoine dont le vecteur est la valeur sociétaire. Associer démembrement de propriété et technique sociétaire opère donc un effet levier. Le pouvoir sur le patrimoine est doublement atteint. Le fractionnement du pouvoir sur le patrimoine final est accentué. La plus ou moins grande proximité avec le patrimoine est variable. La flexibilité qu'offrait déjà la technique sociétaire est donc accentuée par l'aménagement qu'opère le démembrement de propriété entre usufruit et nue-propriété.

350- L'intérêt juridique³⁴⁸ d'opérer un démembrement est effectif pour celui qui revendique l'usufruit. Ce droit réel est relativement flexible. Il peut être temporaire ou viager.

³⁴⁶ Cet article dispose qu'on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers auxquels prétendre. Il est toutefois discutable d'intégrer les servitudes dans la catégorie des démembrements. Ces dernières au contraire des autres techniques n'emportent pas nécessairement la privation d'un pouvoir pour le propriétaire du fonds servant sur son bien. Ainsi, la concession d'une servitude de passage n'empêche pas ce propriétaire d'emprunter le même chemin : il conserve le pouvoir d'user du passage, mais octroie le même à un tiers et doit en subir la concurrence. Il y a partage de l'utilité économique du bien.

³⁴⁷ AULAGNIER (J.) *Usufruit et nue-propriété dans la gestion de patrimoine*. Maxima, 1994.

³⁴⁸ On a tendance à penser trop rapidement à son intérêt fiscal quant à la transmission, qui est l'absence d'imposition à son extinction.

Il permet non seulement de jouir et d'user du bien³⁴⁹, mais encore d'en obtenir des revenus³⁵⁰. Il octroie donc un pouvoir économique sur ce bien qui est particulièrement intéressant³⁵¹. Le pouvoir politique se morcelle mais subsiste en partie pour l'usufruitier, car on ne peut disposer du bien sans son accord. L'aménagement conventionnel des pouvoirs respectifs de l'usufruitier et du nu-propiétaire reste possible dans certaines hypothèses. Le bilan en fait un outil de gestion de patrimoine évident.

b) *La répartition possible des pouvoirs entre usufruitier et nu-propiétaire*

351- Deux problèmes distincts intéressent la répartition des pouvoirs entre usufruitier et nu-propiétaire: celui du droit de vote et celui de la qualité d'associé.

Le sort du droit de vote est réglé par le législateur. Ainsi, l'article 1844 du Code civil dispose que si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propiétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. Les statuts peuvent toutefois déroger à cette combinaison.

Concernant les sociétés anonymes, la loi prévoit que l'usufruitier a le droit de vote dans les A.G.O. sauf dérogation statutaire, et le nu-propiétaire dans les A.G.E.³⁵².

L'usufruitier souhaitant la plupart du temps conserver la totalité des droits de vote, la question de l'aménagement du droit de vote a été débattue. Les dispositions légales ne semblent pas hostiles à cet aménagement statutaire des pouvoirs³⁵³. Dans un premier temps, la jurisprudence ne s'est pas prononcée expressément sur la possibilité de retirer tout droit de vote à l'usufruitier. Elle a refusé en revanche que le droit de participation aux décisions collectives soit retiré au nu-propiétaire³⁵⁴. Cette solution médiane affirme la possibilité d'attribuer tous les droits de vote à l'usufruitier tout en laissant au nu-propiétaire la faculté d'être convoqué et d'assister aux débats. Cet arrêt a toutefois été remis en cause par un arrêt du 9 février 1999 qui soumet au même sort le droit de vote et le droit de participer. Au terme de cette décision, dont la portée est discutée, nul associé, fût-il propriétaire, ne pourrait être privé

³⁴⁹ Occuper un bien par exemple (*usus*).

³⁵⁰ Des loyers, des dividendes (*fructus*).

³⁵¹ L'hypothèse est vérifiée en ce qui concerne l'usufruit d'un portefeuille de titres par exemple.

³⁵² Art. L 225-110 du Code de commerce.

³⁵³ REINHARD (Y.) *La holding familiale*. Art. préc.

³⁵⁴ Cass. com., 4 janvier 1994. Dr. sociétés 1994, comm. n° 45.- DAIGRE (J.-J.) Un arrêt de principe : le nu-propiétaire de droits sociaux ne peut pas être privé totalement de son droit de vote. Bull. Joly 1994, p. 249 et s.- Defrénois 1994, art. 35786, n° 2, obs. LE CANNU (P.)- Rev. sociétés 1994, p. 278, note LEVENE-MARENAUD (M.)- R.T.D. com. 1994, p. 644, note ZENATI (Fr.)

de son droit de vote³⁵⁵. La prudence s'impose donc, même si un mouvement d'accroissement des droits de l'usufruitier est observé³⁵⁶.

352- Discuter sur la qualité d'associé n'est pas sans intérêt, car bien que la question et les solutions apportées soient indépendantes du droit de vote, l'influence qu'est susceptible d'exercer l'associé par sa seule assistance aux délibérations n'est pas à négliger. Reconnaître la qualité d'associé, c'est reconnaître une parcelle de pouvoir. La qualité d'associé est, selon une partie de la doctrine, conférée au seul nu-proprétaire³⁵⁷. Cette position semble toutefois difficilement justifiable, lorsqu'il est fait usage de la latitude des textes de conférer à la fois des droits financiers et droits politiques au seul usufruitier. De même, l'usufruitier doit être considéré comme un véritable apporteur, en contrepartie de quoi la qualité d'associé semble s'imposer³⁵⁸. Il semblerait ainsi logique de reconnaître la qualité d'associé à l'usufruitier ainsi que le revendiquent certains auteurs³⁵⁹. C'est lui donner droit à la convocation et à la parole aux assemblées dans l'hypothèse où il serait privé du droit de vote.

Le démembrement de propriété relève, au même titre que l'indivision, la communauté de biens entre époux, le nantissement ou le séquestre, de ces cas où l'on assiste à un dédoublement de la qualité d'associé³⁶⁰.

353- Quoiqu'il en soit, en l'état des textes, l'usufruitier peut exercer un pouvoir effectif (et pas seulement des droits politiques consultatifs) chaque fois que les statuts lui attribuent le droit de vote. Ces derniers peuvent indifféremment l'accorder au seul usufruitier dans toutes les assemblées, ou dans seulement une assemblée, ou accorder le droit de vote à la fois au nu-proprétaire et à l'usufruitier³⁶¹. L'aménagement bénéficie de la plus grande flexibilité dans la

³⁵⁵ Cass. com., 9 février 1999. *Château d'Yquem* préc. La portée de l'arrêt est claire : les statuts ne peuvent pas supprimer le droit de vote de l'actionnaire. Seule la loi précise les conditions dans lesquelles cette suppression peut s'envisager.

³⁵⁶ V. Cass. com., 12 novembre 1998. Dr. sociétés janvier 1999, p. 21, note HOVASSE (H.)

³⁵⁷ VIANDIER (A.) *Op. cit.*, n° 248. La justification se trouve dans le droit de disposer qui appartient au nu-proprétaire.

³⁵⁸ La question a notamment été soulevée de savoir si l'apporteur d'un usufruit à une société ne doit recevoir que des parts ou actions grevées d'usufruit. Pour une réponse négative, v. HOVASSE (H.), DESLANDES (M.) et GENTILHOMME (R.) *Apports de droits démembres*. Actes pratiques 1993, p. 4.

³⁵⁹ COZIAN (M.) Du nu-proprétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? J.C.P. éd. E. 1994, I, 374.- DERUPPE (J.) Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions. Defrénois 1994, p. 1137.- REGNAUT-MOUTIER (C.) Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux. Bull. Joly 1994, p. 1155.- PACLOT (Y.) Remarques sur le démembrement des droits sociaux. J.C.P. éd. E. 1997, I, 674. - COZIAN (M.) L'usufruitier des droits sociaux a-t-il ou non la qualité d'associé ? (ou controverse pour un concert à trois plumes). J.C.P. éd. E. 2003, comm. 946, p. 1038 et s. L'auteur y développe avec son humour habituel le conflit de solution opposant les trois auteurs du manuel de droit des sociétés Litec.

³⁶⁰ VIANDIER (A.) *La notion d'associé*. L.G.D.J., 1978, n° 238 et s.

³⁶¹ Cass. civ. 3^e, 2 mars 1994. Rev. sociétés 1995, p. 41 note DIDIER (P.)

limite de l'arrêt *Château d'Yquem*. Lorsque l'usufruitier reçoit seul le droit de vote dans une assemblée, le nu-proprétaire pour lequel la qualité d'associé n'est pas discutée n'aura qu'un droit de convocation et une voix consultative.

354- L'utilisation *volontaire* du démembrement de propriété relève de ce que certains gestionnaires de patrimoine appellent l'ingénierie³⁶². L'attribution du droit de vote à l'usufruitier ou au nu-proprétaire constitue une stratégie de contrôle des sociétés, et donc de détention de son patrimoine³⁶³.

355- L'innovation des formes de sociétés ou montages et la création de nouveaux titres traduisent un mouvement d'expansion et de diversification³⁶⁴ des modalités d'aménagement du pouvoir au sein de la société. Il rend difficile l'identification de celui qui détient un réel pouvoir. La dissociation entre propriétaire de la valeur sociétaire et détenteur du droit de vote rend difficile l'identification de l'associé ou actionnaire. C'est un constat qui s'inscrit totalement à contre-courant du principe de transparence souhaité ces dernières années³⁶⁵ et qui rend plus difficile la recherche d'une responsabilité³⁶⁶. Ceci explique peut-être les insatisfactions à l'issue des actions en responsabilité civile. Elles provoquent l'accroissement des actions en responsabilité pénale, où l'homme, lui même, exerçant le pouvoir, est visé³⁶⁷. Voilà ici une nouvelle illustration de « l'aventurisme juridique » se heurtant à la « dialectique des concepts »³⁶⁸.

³⁶² LAMY droit du financement, 1155.

³⁶³ Concernant le démembrement, la détention du pouvoir permet d'arbitrer des choix de gestion de la société et influe sur la fructification du patrimoine. Mais il faut noter qu'il convient, en même temps que de s'interroger sur la répartition des prérogatives décisionnelles entre usufruitier et nu-proprétaire, de s'interroger sur le sort de leurs droits pécuniaires (dividendes, etc.) La technique sociétaire peut en même temps aménager l'appréhension des bénéfices, des plus-values, etc. On peut ainsi distinguer entre le résultat ordinaire (bénéfice) et les résultats exceptionnels. V. sur ce point : GENTILHOMME (R.) *Démembrement de propriété et société civile*. Thèse Rennes, 1997, n° 153 et s. p. 102 et s.- On évoquera plus rarement l'intérêt de l'investisseur à ne détenir que l'usufruit des actions qui lui assurent ainsi des revenus sans menace d'engagement de responsabilité : dans une S.N.C., seul le nu-proprétaire est tenu du passif social.- v. également Lamy droit du financement, n° 1158.

³⁶⁴ V. en ce sens LE CANNU (P.) Art. préc., p. 520.

³⁶⁵ COURET (A.) Art. préc.

³⁶⁶ Non seulement on a du mal à identifier le responsable, mais de surcroît, il n'y a pas de prise patrimoniale, de gage en garantie.

³⁶⁷ L'homme est littéralement lapidé dans les derniers scandales sociétaires médiatisés. Le dirigeant, le plus souvent, est accusé de tous les torts. Les montages ne sont remis en cause que postérieurement, et dans les milieux juridiques et financiers.

³⁶⁸ BERR (C.J.) Art. préc., p. 2.

Conclusion du chapitre

356- La technique sociétaire est un nouveau mode de détention du patrimoine. A la propriété d'un bien, il est substitué la recherche d'une détention utile et partageable du bien. L'apport en société procède au partage de l'utilité économique du patrimoine. Il modifie en même temps la nature du lien établi entre le patrimoine et son titulaire. Au droit de propriété, on substitue un pouvoir. Ce pouvoir est nécessairement plus fragile, moins absolu. Les associés ou actionnaires doivent le partager et ne disposent pas de certitudes quant à leur réelle influence sur le patrimoine ainsi organisé. Malgré une tendance au rétablissement de leurs prérogatives au sein des sociétés, suggérée par les débats sur le gouvernement d'entreprise, leur pouvoir reste limité et conditionné, car, naturellement, la technique sociétaire prive de droits directs sur le patrimoine social.

357- La technique sociétaire offre toutefois au détenteur du patrimoine la liberté de renforcer son pouvoir par l'ingénierie sociétaire. Les aménagements se fondent sur une dissociation entre le capital et le pouvoir possible à deux niveaux différents. En premier lieu, la structuration initiale du patrimoine par l'utilisation de la société, personne morale, dissocie la propriété du patrimoine du pouvoir, s'exerçant *via* la valeur sociétaire. Certaines formes et montages sociétaires permettent de renforcer cet effet en concentrant le pouvoir aux mains d'un petit nombre d'associés. En second lieu, l'aménagement peut porter sur la valeur sociétaire qui s'est substituée à l'élément du patrimoine. Le titre est segmenté par des techniques, tantôt sociétaires, tantôt civilistes. Elles visent à faire émerger le *pouvoir de l'avoir*. Les techniques *macro* et *micro juridiques* décrites peuvent même se combiner, démultipliant ainsi les possibilités de concentration du pouvoir.

358- La technique sociétaire est donc un outil malléable de détention du patrimoine. Ce dernier peut alors se retrouver sous l'emprise d'une personne ou d'un groupe de personnes qui n'avaient pas, sans la technique sociétaire, la capacité de détenir une telle influence. Il s'agit d'un effet de levier qui facilite l'administration de tous les patrimoines³⁶⁹. Au-delà, c'est même la gestion économique du patrimoine qui est favorisée. Le pouvoir du patrimoine est comparable au noyau du fruit. Tant que ce dernier est sur l'arbre – donc en de bonnes mains –

³⁶⁹ La technique sociétaire prouve ainsi son universalité. Elle assure un équilibre des pouvoirs tant dans les grandes sociétés que dans les plus petites organisations. V. sur ce point : *Pouvoir et contrôle dans les petites et moyennes organisations – réflexions novatrices*. Sous la direction de M. DESLANDES. Presses universitaires de Rennes, 2003.

le noyau permet de nourrir la chair du fruit, en l'occurrence le patrimoine. Cette autonomisation du pouvoir par rapport au patrimoine est l'occasion de le confier aux meilleurs gestionnaires, qui essaieront de valoriser le patrimoine³⁷⁰. La concentration du pouvoir a toujours eu pour objectif l'efficacité, laquelle se heurte actuellement au mythique thème de la démocratie sociétaire. Cette organisation du pouvoir apparaît pourtant comme une nécessité pour la bonne gestion du patrimoine³⁷¹, tant dans sa phase statique que mobile.

Les transmissions sont l'occasion de nouvelles prises de pouvoir sur le patrimoine, que la technique sociétaire permet de maîtriser. Celle-ci autorise effectivement une modulation unique de la transmission.

³⁷⁰ V. *infra* seconde partie.

³⁷¹ GODE (P.) Art. préc., p. 12.- V. également : GUYON (Y.) *La société anonyme, une démocratie parfaite ! In mélanges en l'honneur de Christian Gavaldà : propos impertinents de droit des affaires*. Dalloz, 2001, p. 133.

CHAPITRE 2

La transmission du patrimoine

359- Parler de transmission de patrimoine à l'aide de la technique sociétaire peut induire deux fausses suppositions.

La première consisterait à penser que l'on peut transmettre l'intégralité d'un patrimoine. Ce n'est évidemment possible qu'à cause de mort, et non du vivant d'une personne¹. Il faut donc entendre par là le désir de transmettre des *éléments* du patrimoine.

La seconde fausse idée consisterait à croire que ces biens, intégrant le patrimoine et cessibles, se retrouveront en propriété dans le patrimoine d'une autre personne destinataire. C'est oublier l'effet de la technique sociétaire. Son utilisation en vue de la transmission implique le transfert de la propriété à la personne morale qu'est la société. Ainsi, au lieu de transférer une propriété sur un élément du patrimoine, des valeurs sociétaires sont transmises et donc un pouvoir sur cet élément patrimonial. Les qualités de la technique sociétaire relevées quant à la détention du patrimoine² s'appliquent en matière de transmission.

360- Selon l'expression de Michel Bauer³, dans tout cédant, il y a un *homo oeconomicus*, un *homo politicus* et un *pater familias*. Une cession, qu'elle soit à titre onéreux ou à titre gratuit, mêle des considérations aussi contrastées que le pouvoir, l'argent et les sentiments. On en trouve la trace dans les motifs du recours à la technique sociétaire concernant la transmission du patrimoine. Elle permet d'aménager au mieux les intérêts du cédant.

En effet, l'avantage que présente la technique sociétaire sur une transmission classique tient d'abord au formidable *fractionnement* de la propriété qu'opère la société : elle segmente la propriété tout en conservant intacte l'étendue du pouvoir. Elle extrait le pouvoir du capital.

¹ En France, le patrimoine d'une personne physique ne peut se transmettre en totalité qu'à son décès (prohibition des pactes sur succession future). La transmission s'opère selon deux principes fondamentaux : le principe d'unité de la succession et celui de continuation de la personne du défunt. Sur la succession à la personne du *de cuius*, v. GRIMALDI (M.) *Droit civil. Successions*. Litec, 2001, n° 409.- Concernant les personnes morales, il existe des hypothèses de transmission universelle du patrimoine des sociétés (v. *supra* n° 235). C'est le cas lors de la dissolution d'une E.U.R.L., mais aussi en cas de fusion de sociétés. Chacune de ces hypothèses se solde par la mort de la société.

² V. *supra* chapitre 1 : La substitution d'un pouvoir à un droit de propriété, lequel pouvoir est aménageable.

³ V. notamment « Etats généraux de la transmission d'entreprises », Montpellier, mars 1989. L'intervention était intitulée « Au nom du père, du fils et de l'entreprise, la hantise de la transmission ».

L'autout tient ensuite à la plus grande *mobilité* des valeurs sociétaires, qui circulent mieux, plus vite qu'un autre élément du patrimoine⁴. L'immeuble apporté à une société illustre particulièrement bien cette idée de transformation du patrimoine. Il est « dématérialisé »⁵. On passe d'une propriété immobilière à une propriété mobilière apte à une circulation fragmentaire et plus rapide. De même, la transmission des valeurs mobilières par l'inscription en compte illustre la rapidité du transfert⁶.

361- Les circonstances de la transmission sont extrêmement variées : transmission à titre gratuit ou à titre onéreux, motivée par un retrait du fondateur ou par un simple abandon d'un secteur d'activité, conflit sur l'administration dont l'issue ne peut être que la cession, etc. La technique sociétaire présente dans toutes les hypothèses un intérêt considérable. Elle est donc souvent opportune car elle permet d'aménager au mieux la transmission, qui est ainsi gérée de manière optimale (section 1). Mais pour que l'administration du patrimoine transféré soit parfaite, il faut encore veiller à surmonter les difficultés que suppose le recours à la technique sociétaire (section 2).

⁴ Cette qualité sert non seulement la transmission du patrimoine, mais aussi sa valorisation. V. *infra* seconde partie, titre I.

⁵ COZIAN (M.) Du bon usage des sociétés civiles immobilières. Art. préc.

⁶ Cette rapidité n'écluse pas pour autant la sécurité. V. notamment sur ce point : LE NABASQUE (H.) et REYGROBELLET (A.) La transmission des valeurs mobilières et l'inscription en compte. Art. préc., p. 262 et s. Les auteurs démontrent que le système de l'inscription en compte dote le cessionnaire d'outils comparables à l'art. 2279 C. civ. en cas de possession de bonne foi de biens meubles corporels. Par exemple, dans ses rapports avec les tiers, il peut résister aux actions en revendication ou encore à l'annulation des cessions intervenues en amont de son acquisition. V. sur ce point : n° 47 et s. - *Adde* : RIVIÈRE (I.) Les contrats portant sur les valeurs mobilières. Thèse Paris I, 1997.

SECTION 1

L'opportunité de la transmission sociétaire du patrimoine

362- La technique sociétaire, seule ou associée à des techniques civilistes⁷, offre la possibilité d'aménager le pouvoir sur le patrimoine⁸. Les outils déjà décrits - démembrement de propriété, montages sociétaires, constitution de holdings⁹, etc. - aptes à concentrer le pouvoir, permettent également d'aménager le transfert d'éléments patrimoniaux. Ceci se vérifie tant à l'occasion de la transmission à titre gratuit (paragraphe 1), qu'à l'occasion de la transmission à titre onéreux (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La société, technique de transmission à titre gratuit du patrimoine

363- Il est sociologiquement de bon ton d'évoquer l'allongement de la durée de vie et ses conséquences sur la répartition des richesses dans les générations. « En augmentant rapidement, l'espérance de vie retarde et réduit "les espérances"... »¹⁰. Dès lors, la transmission à titre gratuit est évidemment encouragée et souhaitée. Aussi, les dispositions légales fleurissent et notamment celles qui ont pour objectif de faciliter la transmission des entreprises¹¹. Tel est le cas de l'article 42-1 de la loi du 5 janvier 1988¹² qui a ajouté un alinéa 3 à l'article 1075 du Code civil. Cette disposition permet à un tiers d'intervenir à la donation-partage en vue de l'attribution de l'entreprise¹³. Coup d'épée dans l'eau, cette disposition est de

⁷ V. Entretien avec Me Pascal Julien Saint-Amand, président de la 2^e commission du Congrès des Notaires *Organisation et croissance du patrimoine*. Petites affiches 19 mai 2000, n° 100, p. 16. Il est observé que d'un point de vue civil, ces outils permettent de moduler à court, moyen et long terme, avec une plus grande souplesse, les pouvoirs, ainsi que la répartition des revenus et des plus-values.

⁸ V. *supra* chapitre 1, n° 307 et s.

⁹ CASTAGNE (S.) La dernière compilation des holdings : n° 1 du "hit parade des transmissions d'entreprise". Art. préc. La holding est réputée pour son aptitude à la transmission des entreprises.

¹⁰ BONDUELLE (P.) A quoi peut servir une société civile de gestion de portefeuille ? Art. préc.

¹¹ Leur influence sur le bien-être économique de notre pays vaut bien quelques incitations juridiques et fiscales.

¹² Loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises. J.O. 6 janvier 1988, 220.

¹³ Les bénéficiaires d'une donation-partage sont en principe les descendants ayant la qualité d'héritier. (GRIMALDI (M.) *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*. Litec, 2000, n° 1753 et s.) L'alinéa 3 de l'art. 1075 C. civ. élargit toutefois le domaine des copartagés aux tiers. Les conditions sont très strictes. En particulier, le bien concerné doit être une entreprise individuelle, quelle que soit sa nature (les entreprises exploitées sous forme sociale sont exclues, v. GRIMALDI (M.) *Op. cit.* n° 1757). - V. LANDERON (J.) La donation-partage

faible efficacité en comparaison de l'aménagement permis par la technique sociétaire. La loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique a également tenté de faciliter la transmission de l'entreprise.

364- La famille a profondément évolué ce dernier siècle. Elle s'est restreinte autour du couple, famille nucléaire, et encore quand celui-ci perdure¹⁴. Il est devenu impossible en raison de la désertification rurale de maintenir la famille au sens élargi sous le même toit. L'activité, les loisirs et l'habitation ont éclaté la famille souche. Cette émancipation anticipée des enfants fait perdre aux aïeux leur rôle patriarcal, en un mot : *leur pouvoir*. Ils peuvent être tentés de le retrouver dans la société familiale¹⁵. Elle constitue pour le « chef » de famille le moyen d'assujettir à sa volonté ses enfants alors même que la volonté d'association commune devrait être exclusive de tous liens de subordination. Mais la constitution de sociétés familiales n'a heureusement pas qu'un objectif de rétablissement d'une autorité perdue. Elle sert en même temps à la transmission des richesses de la famille¹⁶.

365- La transmission a lieu le plus souvent par voie de donation. Le législateur montre une méfiance naturelle pour la générosité¹⁷. Les libéralités sont soumises à la règle de la solennité. Pour la même raison, toute société constituée avec ses héritiers doit l'être par acte authentique. De cette manière, la société constituée avec le conjoint évite le risque de requalification en donation déguisée¹⁸ et celle constituée avec les descendants, le rapport de l'article 854 du code civil¹⁹. Une telle exigence est fondée. En effet, une telle association a des

avec attribution à un tiers d'une entreprise individuelle. In Mélanges offerts à Jean Derrupé Litec, 1991, p. 302 et s. - GRIMALDI (M.) Les conditions de validité du partage d'ascendant. Defrénois 1992, n° 35322, n° 14 et s.

¹⁴ Les dernières statistiques font état d'un divorce pour trois mariages en province et d'un divorce pour deux en région parisienne. La fréquence des séparations banalise le divorce. Son régime doit être adapté, notamment par une facilitation des procédures. C'est l'objet du projet de loi sur le divorce qui doit être débattu à l'Assemblée Nationale à l'automne 2003. V. sur ce point : Rapport d'information à l'Assemblée Nationale n° 3294 par M.-F. CLERGEAU du 3 octobre 2001 (www.assemblée-nationale.fr/rep-info/3294.asp) et projet de loi relatif au divorce du 9 octobre 2003 (www.assemblée-nationale.fr/12_dossiers_divorce).

¹⁵ RIPERT-JOUEL (V.) Les sociétés civiles immobilières familiales. Litec, 1991, préface de Jacques Dauchez. - DEPONDT (A.) Les sociétés de famille dans la gestion de patrimoine. Maxima, 1998 - V. également : Les sociétés de famille. Dict. perm. droit des affaires, feuillet 143.

¹⁶ NERSON (R.) Patrimoine et Famille. C.N.R.S., 1981, p. 181 et s.

¹⁷ V. en ce sens GRIMALDI (M.) Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants. Litec, 2000, n° 1019 et s. - TERRE (Fr.) et SIMLER (Ph.) Droit civil. Les successions. Les libéralités. Dalloz, 1996, n° 244.

¹⁸ V. art. 1832-1 al. 2 C. civ. Le contrat de société pourrait en effet masquer une donation déguisée, laquelle encourt, entre époux, la nullité. Ainsi en est-il lorsque la provenance réelle d'un apport est cachée. Cette hypothèse ne doit pas être assimilée à celle de l'associé qui accepte de recevoir des droits sociaux en proportion moindre que la valeur de ses apports, car cela correspond alors à une donation indirecte.

¹⁹ En effet, par le biais de la technique sociétaire, une donation indirecte peut être consentie. Ainsi, en cas de constitution de société entre le *de cuius* et l'un de ses successibles, la donation peut consister en l'attribution d'une part excessive des bénéfices. L'art. 854 C. civ. s'en tient donc à un critère formaliste. Si le contrat de

conséquences lourdes puisqu'on ne peut revenir sur son engagement²⁰, pas même pour survenance d'enfant, ingratitude, etc²¹.

La technique sociétaire connaît néanmoins un certain succès²² car elle permet tantôt de maîtriser la transmission (A), tantôt de l'anticiper (B).

A – La transmission maîtrisée

366- La technique sociétaire permet de préparer la destination du patrimoine (1), et de ménager de surcroît un avantage politique ou pécuniaire (2).

1 - La maîtrise de la destination du patrimoine

367- Le souci d'un détenteur de patrimoine est souvent de pouvoir fixer immédiatement et définitivement pour l'avenir la destination du capital qui sera nécessairement un jour transmis. Il est difficile de s'assurer, sans se dessaisir de l'attribution de tels biens ou de tels droits à l'un ou l'autre de ses héritiers. Il est délicat de prévoir l'affectation de son patrimoine²³. L'apport en société du patrimoine à partager permet précisément de maîtriser sa destination future, que les difficultés émanent de la nature du bien à transmettre ou des destinataires choisis.

368- Tout d'abord, la technique sociétaire permet un fractionnement du pouvoir sur le patrimoine qui facilite sa répartition. Un mode de répartition du patrimoine qui diffère de

société a été rédigé sous seing privé, tous les bénéfices sociaux perçus par l'héritier sont présumés être des libéralités rapportables à la succession. La présomption affectant les contrats de société notariés n'empêche pas de démontrer la fraude.

²⁰ Les parents sont parfois étonnés à la vente du bien qu'ils considéraient comme le leur, de ne pouvoir appréhender qu'une somme modique car le montage avait désigné leur enfant majoritaire. V. sur ce point : GONSARD. (S.) Société civile : pour organiser la détention d'actifs, Art. préc., p. 48.

²¹ Au contraire de ce que la libéralité permet. V. les cas d'ingratitude cités par l'art. 955 C. civ., et le cas de survenance d'enfant prévu à l'art. 960 C. civ.

²² V. pour des illustrations pratiques : MARCHAND (B.) Examens de notaire, J.C.P. éd. N. 1996, p.909.- CASTAGNE (S.) Examens professionnels. Gestion de patrimoine, J.C.P. éd. N. 1997, p. 957.- CASTAGNE (S.) Examens de notaire, J.C.P. éd. N. 1998, p. 22.

²³ Il y a toujours risque de pacte sur succession future en matière de transmission à titre gratuit. Le pacte sur succession future est une convention ayant pour objet une partie ou la totalité de la succession d'une personne vivante. Ces pactes sont prohibés (art. 722 C. civ.) V. par exemple : GRIMALDI (M.) Droit civil. Successions, Litec, 2001, n° 339 et s.

l'indivision post-successorale²⁴ est imposé. La détention collective est alors préparée et non subie.

Cette application de la société peut être illustrée facilement. La société civile constitue à l'égard des transmissions de patrimoine privé l'outil privilégié. Tout particulièrement, la société civile immobilière permet la transmission de la fraction foncière de la succession, qui constitue le plus souvent la masse prépondérante en valeur de ladite succession. En vue de cette transmission, il peut être souhaitable de maîtriser les difficultés qui pourraient naître lors d'un partage. Ainsi, il paraît préférable de partager des parts sociales plutôt que de laisser naître une indivision forcée et subie sur une maison de famille, lorsque la licitation n'est pas rapidement possible. La société opère une dématérialisation de l'immeuble qui s'avère dans le même temps pacificatrice, puisque les statuts de la société peuvent régler par avance l'administration de l'immeuble, par exemple en nommant le gérant.

369- La technique sociétaire permet ensuite d'intégrer, dès l'origine, les destinataires futurs de la transmission en vue de fixer leurs droits²⁵. Cela peut être le cas dans les successions entre collatéraux, qui sont plus fréquentes qu'on ne le croit²⁶ et qui génèrent parfois bien des conflits. La technique sociétaire peut servir par exemple à préparer un avantage pour l'un de ses neveux, en lui assurant la majorité dans la société au décès. Elle peut de même aider à éliminer un héritier de toute prétention sur un bien, en le privant de tout pouvoir réel sur le bien apporté. Les statuts peuvent mentionner que la société continuera après le décès d'un associé soit avec le conjoint ou l'un ou plusieurs des héritiers ou avec une personne désignée par la voie statutaire ou testamentaire. S'agissant de concubins, les statuts peuvent prévoir au décès du premier associé, une faculté de rachat pour le survivant. L'espace de liberté contractuelle laissé par les statuts permet en effet d'organiser la maîtrise de la transmission, de renforcer les pouvoirs de l'héritier préféré, en réduisant les autres successibles à l'état de figurants.

370- La maîtrise de la destination du bien est permise en vertu de deux qualités que confère la technique sociétaire : l'aptitude à dématérialiser et fragmenter le patrimoine et

²⁴ TESTU (F.-X.) L'indivision successorale. In *Droit patrimonial de la famille sous la direction de M. Grimaldi*. Dalloz action 2001-2002, n° 1810.

²⁵ V. notamment l'intérêt de l'utilisation de la tontine : BAFFOY (G.) L'usage de la tontine en droit des sociétés. J.C.P. éd. E. 2003, conseil 276, p. 306 et s.

²⁶ BABAËU (A.) *Le patrimoine des français*. Op. cit., p. 95

l'aptitude à le soumettre à une détention collective. La dissociation du capital et du pouvoir²⁷ qui est une autre qualité de ce mode de détention du patrimoine permet de son côté de préparer un avantage politique ou pécuniaire.

2 - La préparation d'un avantage politique et/ou pécuniaire

371- La technique sociétaire assure une dissociation du capital et du pouvoir qui présente des intérêts pour le patrimoine professionnel comme pour le patrimoine privé.

Concernant le patrimoine professionnel, elle permet *d'abord* de faire face aux impératifs économiques sans méconnaître l'égalité en valeur de principe que suppose la transmission successorale aux descendants²⁸. Cela concerne tout particulièrement les entreprises familiales²⁹. La mise en société permet de concilier la nécessité économique de transmettre à un successeur compétent, sans négliger les droits successoraux des autres héritiers. Il importe de maîtriser cette transmission du patrimoine professionnel, car il est démontré statistiquement que la faillite de certaines P.M.E. résulte d'une mauvaise préparation³⁰.

L'emploi de la technique sociétaire est particulièrement utile lorsque le patrimoine du défunt se limite à ses droits dans la société, et que, par ailleurs, s'impose l'attribution de la majorité à l'un des héritiers, le plus compétent. C'est le cas lorsque le défunt a consacré ses revenus à l'autofinancement en vue du développement et de la pérennité de son entreprise - patrimoine professionnel - plutôt qu'à la constitution d'un patrimoine privé. Une difficulté surgit alors s'il souhaite transmettre la maîtrise de la marche sociale à un seul héritier tout en restant égalitaire dans les quotes-parts de capital à transmettre entre ses différents héritiers. En effet, s'il attribue l'entreprise à l'héritier désigné compétent, il ne dispose pas de biens issus du patrimoine privé pour rééquilibrer les lots. La technique sociétaire permet de réaliser une égalité sur le capital tout en concentrant le pouvoir au profit d'un seul héritier. Les valeurs sociétaires sont réparties équitablement entre les héritiers, mais il faut user des possibilités de

²⁷ GENTILHOMME (R.) La dissociation du pouvoir et de l'avoir dans la transmission familiale de l'entreprise sociétaire. *Dr. et patrimoine*, septembre 2001, n° 96, p. 46. *Adde* : BERTREL (J.-P.) *Loc. cit.*, p. 34 sur le même thème.

²⁸ Les descendants et ascendants d'un donateur (ou testateur) bénéficient d'une réserve héréditaire (art. 916 C. civ.) C'est une fraction du patrimoine réservée, qu'aucune libéralité ne peut entamer. Les enfants, par exemple, ne peuvent pas être totalement déshérités. Il s'agit d'une réserve globale calculée en fonction du nombre d'enfants (pour le *quantum*, v. art. 913 C. civ.) Une des finalités de la réserve est de garantir une égalité minimale entre les enfants (l'avantage supérieur consenti à l'un d'eux ne peut excéder la quotité disponible de la succession). V. GRIMALDI (M.) *Droit civil, successions. Op. cit.*, n° 286.

²⁹ LE NABASQUE (H.), BOUSSIER (F.) et RICHEN (F.) *La transmission de l'entreprise familiale*. Dalloz, 1992.

³⁰ DAVID (C.) Commentaire de l'art. 11 de la loi de finance pour 2000 sur la transmission successorale des entreprises. *Bull. Joly* 2000, § 50, p. 247.

concentration du pouvoir décrites précédemment³¹ pour assurer la direction à l'héritier compétent. A cet effet, la société civile³² est fréquemment plébiscitée comme outil de transmission des entreprises. Seule ou en combinaison afin de réaliser un L.B.O. (*leverage buy out*), elle permet en effet de préparer la transmission³³. Les montages sociétaires sont parfois réalisés dans l'optique d'une transmission de succession. Des holdings sont ainsi constituées pour préparer le transfert du pouvoir à un seul héritier le moment venu. La concentration du pouvoir est organisée en vue de son transfert futur³⁴.

372- *Ensuite*, concernant la transmission du patrimoine privé, la dissociation du capital et du pouvoir peut présenter également des avantages. Ainsi des concubins peuvent souhaiter acquérir un bien immobilier. A l'instar de la tontine, la société civile permet de répartir leurs pouvoirs sur ce patrimoine immobilier et de maîtriser son devenir. Le montage garantit au concubin survivant un pouvoir sur l'immeuble au décès de l'autre. La pratique notariale conseille alors de réaliser l'acquisition par une S.C.I. et de procéder à un démembrement croisé des titres. Chacun des concubins détient la nue-propriété d'une moitié des parts sociales et l'usufruit de l'autre moitié. Ainsi, au décès du premier concubin, le survivant détiendra la moitié des parts en pleine propriété et l'autre moitié en usufruit. Il conserve ainsi la jouissance de l'intégralité des titres sociaux et par ricochet du patrimoine détenu par la société³⁵.

Un autre montage permet d'assurer la transmission d'un bien au conjoint par la technique sociétaire. Il consiste à conférer la quasi-totalité des parts sociales au conjoint et de ne faire qu'un apport en compte courant pour permettre le financement du bien. Au décès si le compte courant est remboursé, le conjoint aura la maîtrise du bien par l'intermédiaire de la gérance qui lui aura été attribuée et de la grande majorité des parts détenues. Si le compte courant existe encore, il sera transmis aux héritiers qui n'auront toutefois qu'un droit de créance sur la société. Il est, dans cette optique, opportun de prévoir dans les statuts les

³¹ V. *supra* chapitre 1.

³² Ou désormais la S.A.S.

³³ FLAICHER-MANEVAL (E.) et PEYRAMAURE (P.) L'utilisation de la société civile dans la transmission des entreprises. Petites affiches 25 janvier 2000, n° 17, p. 6.

³⁴ V. encore : BERTAUX (G.) Solution d'examens de notaire. Defrénois 1998, art. 36/80, n° 13 et s.

³⁵ Ce montage suppose bien entendu une rédaction minutieuse des statuts et notamment des pouvoirs : une cogérance est à conseiller, tout comme la précision que le droit de vote appartiendra à l'usufruitier. L'opportunité de ces démembrements croisés est toutefois discutée. Il leur est reproché de créer une situation artificielle. En particulier, la formule dite de l'achat croisé a été unanimement dénoncée dans la mesure où elle a pour fondement une localisation spatiale des quotes-parts indivises en nue-propriété et en usufruit et où elle se fonde sur un démembrement de propriété qui, en réalité, n'existe pas. V. encore pour la question fiscale : PACAUD (B.) et PUJOL (F.-R.) La clause d'acquisition au profit du survivant des acquéreurs et les acquisitions croisées, analyse fiscale. Defrénois 1991, art. 35045.

modalités de remboursement précises et protectrices de la société. Par ce montage, le conjoint pourra louer, agrandir, vendre, remployer comme bon lui semble³⁶.

373- D'ailleurs, l'emploi judicieux des comptes courants d'associés permet non seulement d'assurer le pouvoir sur un bien, mais encore de créer des avantages pécuniaires. Il est en effet possible de conférer des pouvoirs égaux à deux associés, et donc à terme des vocations égales sur le partage de l'actif social alors même que les deux ne contribuent pas de la même manière à la constitution du patrimoine de la société³⁷. L'exemple suivant permet de le comprendre. Deux associés apportent chacun 5.000 euros à la société. Pour financer l'acquisition de l'immeuble, l'un apporte en compte courant 395.000 euros et l'autre seulement 95.000 euros. Lors de la liquidation, si l'immeuble est revendu un million d'euros, chacun des associés récupérera son apport, se verra rembourser son compte courant, mais le *boni* de liquidation sera partagé à parts égales. Ce résultat avantage considérablement le second associé qui récupère la moitié de la plus-value sur l'immeuble alors qu'il n'a financé que 20 % de son prix d'achat³⁸. Le fonctionnement de la société, et notamment le jeu des comptes courants, permet une attribution égale des parts représentatives du patrimoine de la société. Ce montage permet notamment à des époux d'assouplir les règles du régime matrimonial. Il peut présenter un intérêt dans le cadre des familles recomposées lorsque l'époux veut assurer à son second conjoint la détention d'un patrimoine immobilier et un avantage en valeur. Ses beaux-enfants ne pourront pas le lui contester par le biais de l'action en retranchement³⁹ puisqu'ils n'auront qu'un droit de créance⁴⁰, le droit au remboursement du compte courant de leur défunt parent⁴¹.

³⁶ Ces pouvoirs sont à comparer avec le droit d'usage et d'habitation du logement, plus restrictif, dont le conjoint survivant peut bénéficier depuis la loi du 3 décembre 2001. Les dispositions des art. 764 et s. C. civ. donnent un droit viager au logement mais ne permettent pas au conjoint survivant de louer le bien, encore moins le vendre. Il ne peut qu'y vivre. Il doit démontrer que le logement n'est plus adapté à ses besoins, pour pouvoir le louer et utiliser les revenus pour payer une hospitalisation ou une résidence adaptée par exemple.

³⁷ L'effet est alors directement d'avantager un des associés qui peut être, par exemple, un descendant.

³⁸ V. DEPARDIEU (I.) *Op. cit.*, p. 100. Il s'agirait même là d'un mode de constitution de patrimoine. V. sur ce point le rôle de la plus-value, appliquée cette fois à l'action, dans la constitution de patrimoine, *infra* n° 539.

³⁹ Art. 1527 al. 2 C. civ. L'action en retranchement est ouverte à tous les enfants du défunt depuis la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 portant réforme du droit des successions, à l'encontre des avantages matrimoniaux consentis à l'époux survivant qui n'est pas leur parent.

⁴⁰ GONSARD (S.) Art. rréc., p. 47.- Il convient toutefois de veiller à ce que ce type de montage ne soit pas qualifié de frauduleux aux droits des héritiers. De surcroît, afin d'éviter la requalification en donation indirecte, la rédaction des statuts devra être faite par acte notarié.

⁴¹ Pour le défunt, il s'agissait, de son vivant, d'un mode de détention et d'une préparation de sa succession.

La technique sociétaire permet donc la maîtrise de l'affectation du bien et, parfois, la préparation d'un avantage pécuniaire⁴². Le constat vaut pour la transmission anticipée.

B – La transmission anticipée

374- S'agissant du patrimoine privé, le souci d'anticipation de la transmission naît souvent de la crainte d'une fiscalité trop lourde lors du décès⁴³. S'agissant du patrimoine professionnel, l'anticipation est quasiment systématique et pressante. Le moteur de la transmission est le départ à la retraite ou le retrait⁴⁴.

Dans ces deux circonstances, les intérêts civils les plus souvent allégués sont un besoin de transmission progressive des biens et le souci de conserver un droit de regard sur l'utilisation qui en sera faite. La technique sociétaire permet de répondre à ces deux objectifs de transmission progressive (1) et contrôlée (2).

1 – La société, outil de transmission progressive du patrimoine

375- Les quinquagénaires et sexagénaires expriment souvent le souhait de gratifier leurs enfants ou petits-enfants. Leur souhait se heurte cependant à l'envie de profiter encore de leurs biens. Il leur est douloureux d'abandonner du jour au lendemain tout pouvoir patrimonial. Il leur est également parfois nécessaire de conserver certains revenus que leur patrimoine leur procure.

376- S'agissant d'un immeuble, par exemple, il n'est guère de choix médian entre le donner ou le conserver. Pour envisager le partage de son utilité entre les différentes générations et donc la transmission progressive du patrimoine, il faut donc envisager le

⁴² Il convient toutefois de respecter l'ordre public successoral et notamment de s'assurer que l'avantage consenti n'empiète pas sur la réserve des descendants. En effet, les règles de la réserve héréditaire tendent à conserver des droits aux descendants du défunt et sont d'ordre public. On s'assure donc que les donations consenties ne dépassent pas la quotité disponible de la succession. Le conseil patrimonial avisé s'assurera de la faisabilité de l'opération en vérifiant par exemple que les autres héritiers pourront être remplis de leurs droits à l'aide d'autres biens du patrimoine. Le conseil est toutefois donné en fonction de l'état du patrimoine au moment du montage. Il ne maîtrise pas le sort des biens considérés qui restent à la libre disposition des parties.

⁴³ Les droits de mutation par décès sont en effet élevés en France, v. sur ce point *infra* n° 846 et s.

⁴⁴ Le domaine d'intervention est large : il intéresse les activités industrielles et commerciales, mais également agricoles et libérales.

« fractionnement de cet immeuble ». Fractionner la propriété par l'effet d'un démembrement peut être une première solution. L'ascendant envisage alors de donner la nue-propriété de l'immeuble, en conservant l'usufruit. Elle est, en tout cas, préférable à la solution de l'indivision, qui même conventionnelle, n'offre pas la même liberté d'action sur le bien au donateur⁴⁵. Elle est également préférable à la solution de la copropriété, qui suppose une configuration des lieux adéquate et impose une lourdeur administrative aussi coûteuse que superflue⁴⁶. La progressivité de la transmission est toutefois limitée. Elle impose deux étapes : dans un premier temps, la transmission par donation de la nue-propriété, dans un second temps, la reconstitution de la pleine propriété par le décès du donateur-usufruitier ou l'extinction de l'usufruit qui avait été stipulé, nécessairement à l'avance, temporaire⁴⁷.

377- Il est possible, en revanche, de fractionner le pouvoir sur l'immeuble, en l'affectant à une société civile immobilière⁴⁸. Certaines des parts seront conservées par l'ascendant et les autres données aux enfants. La progressivité est ici beaucoup plus libre. On peut ainsi envisager de donner quelques parts, tous les dix ans par exemple. Dans cette hypothèse, les pouvoirs individuels détenus par chaque associé seront identiques, mais leur influence sur l'immeuble variera selon l'importance de leur participation dans la société ou selon la détermination de la gérance. L'avantage de la transmission des parts de S.C.I. par rapport à l'immeuble est certain⁴⁹.

⁴⁵ Sur la latitude d'action offerte à l'usufruitier, v. notamment DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.) Usufruit et famille : incidence successorales. In 95^e Congrès des Notaires : *Demain, la famille*, « Il n'existe pas d'indivision entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, en raison de la différence de nature de leurs droits ; en effet, ces deux droits réels, bien que coexistant sur la chose, sont parfaitement distincts et indépendants. L'usufruitier en tire une force ; cette absence d'indivision limite considérablement la liberté d'action du nu-propriétaire sur le bien démembré et pérennise l'usufruitier dans sa situation. » Article rapporté notamment aux Petites Affiches du 28 avril 1999, n° 84.

⁴⁶ Il faudrait en effet envisager un état descriptif de division de l'immeuble, la rédaction d'un règlement de copropriété et la mise en place des instances de la copropriété avec toute la gestion que cela impose. Ces actes ont un coût : les frais d'actes notariés et de publication au fichier immobilier ne sont pas négligeables. V. sur la lourdeur du règlement de copropriété et le système juridique qui n'a pas d'objectif de transmission : CHARLIAC (H.) et MASSON-DAUM (C.) Copropriété, statut de la copropriété, règlement de copropriété. J.-Cl. Civil, art. 544 à 577, fasc. 22.- *Adde* : GIVORD (F.) et GIVERDON (C.) La copropriété. Dalloz, 1992.

⁴⁷ Une renonciation abdicative à usufruit reste toujours possible, mais peut s'analyser en une donation et relève donc de son statut juridique et fiscal. V. notamment sur ce point : Réponse ministérielle BERNARD (J.O. du 23 février 1987, Déb. Ass. nat., Questions et réponses, p. 569).- En application de la doctrine administrative : T.G.I. Nice, 28 septembre 2000. Defrénois 2002, art. 37590 obs. CHAPPERT (A.)- Cass. com, 2 décembre 1997. Defrénois 1998, art. 36782-1, obs. CHAPPERT (A.)- *Adde* : CHAPPERT (A.) Usufruit, nue-propriété et droits d'enregistrement » Defrénois 1987, art. 34089, p. 1281 et s.

⁴⁸ WARIN (P.) La société civile comme outil de transmission et le démembrement de propriété. Rev. dr. banc. mars-avril 1993. Cahier de gestion de patrimoine, n° 36, p. 14.

⁴⁹ V. pour un exemple pratique : FORGEARD (M.-C.) Solutions d'examens de notaire. Defrénois 1997. Art. 36456, spécialement n° 9 et s.

378- Enfin, une combinaison des deux facteurs de fractionnement de l'immeuble peut être envisagée. Le démembrement assure au donateur la conservation de la jouissance du bien soit directement soit par le vecteur du titre⁵⁰. L'affectation à une société permet une transmission des parts sociales étalée dans le temps, progressive⁵¹ et une organisation statutaire de la gérance. Le donateur conserve un grand pouvoir sur ce patrimoine. En restant associé, il maîtrise tant le bien que sa transmission. C'est le reflet d'un transfert graduel du contrôle sur le bien.

379- Le patrimoine professionnel est également concerné par cette transmission progressive. Le GAEC est certainement la société civile à statut particulier qui a été la plus utilisée dans cette perspective⁵². Parents et enfants, exploitants agricoles, s'associent afin de préparer le départ à la retraite et l'installation concomitante des jeunes agriculteurs. L'objectif de l'association des enfants est, dans cette situation, de transmettre progressivement les rênes de l'exploitation, tout en gardant un certain contrôle de sa direction. De la même manière, dans les S.A. à directoire, le Conseil de surveillance abrite souvent les « anciens »⁵³, qui conservent ainsi une activité mais surtout une mission de contrôle.

2 – La société, outil de transmission contrôlée du patrimoine

380- La volonté de contrôler l'époque de la transmission est souvent couplée à la volonté de se réserver le contrôle du bien, le pouvoir sur le patrimoine. Le donateur souhaite transmettre un patrimoine mais entend rester maître de l'utilisation qui en sera faite. Dans la plupart des cas, le contrôle n'est que temporaire. Il dure le temps que la confiance s'installe. La technique sociétaire permet alors une concentration du pouvoir au profit d'un associé.

381- Cette aptitude s'illustre tant avec un patrimoine professionnel qu'avec un patrimoine privé. Les circonstances sont variées.

Le chef d'entreprise qui transmet son outil de travail à l'un de ses enfants, peut souhaiter le faire progressivement. C'est une manière d'accompagner son successeur en transmettant en

⁵⁰ GENTILHOMME (R.) *Démembrement de propriété et société civile*. Thèse Rennes, 1997.- JULIEN-SAINT-AMAND (P.) Le démembrement de propriété combiné à l'apport en société de biens immobiliers. Droit et patrimoine, mars 1996, p. 22.

⁵¹ Le plus courant étant tous les dix ans, pour des raisons d'abattements fiscaux. V. *infra* n° 861.

⁵² V. le cas pratique sur la constitution d'un GAEC entre un agriculteur et son fils (aspects civils et fiscaux). *Defrénois* 2003, art. 37799, solution FORGEARD (M.-C.)

⁵³ V. en ce sens : COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Droit des sociétés*. *Op. cit.*, n° 780 et s.

parallèle la connaissance nécessaire à une bonne exploitation. C'est une manière également de conserver des revenus et un statut. C'est une manière enfin de contrôler l'avenir de son entreprise : d'insuffler une direction⁵⁴.

Un raisonnement identique peut être mené concernant une maison de famille. Une histoire familiale est attachée à certains biens immobiliers. La technique sociétaire permet alors d'intégrer la dimension psychologique de la transmission, car elle évite qu'un bien sorte d'une famille, d'une lignée⁵⁵.

Enfin, les portefeuilles de valeurs mobilières qui exigent une gestion active et compétente sont également des biens à transmettre avec précaution. Les sociétés civiles constituent des outils appréciés pour une transmission progressive et contrôlée⁵⁶.

382- Le contrôle peut être préservé par les techniques sociétaires seules⁵⁷. Suivant la rédaction plus ou moins habile des statuts et la quantité de parts conservée par le donateur, son emprise sur la fraction de patrimoine transmis sera plus ou moins importante. Ainsi, le pouvoir peut être assuré par l'attribution de la gérance et par l'attribution corrélative de la majorité des parts au donateur. De même, sans être majoritaire en capital, le donateur peut détenir la majorité des droits de vote. Le problème est alors que le transfert progressif des parts entraîne en parallèle le transfert du pouvoir. Cependant, certaines formes sociales permettent l'attribution d'un droit de vote non proportionnel au nombre d'actions ou parts détenues, à l'exemple des S.A.S. ou des S.C.I.⁵⁸, ou encore l'aménagement d'une gérance quasi-perpétuelle. L'utilité pour le donateur de se réserver la gérance répond à des situations pratiques variées. Il peut souhaiter transmettre des biens à ses petits-enfants, sans que leurs

⁵⁴ Le maintien d'un certain pouvoir sur l'entreprise est une constante parmi les désirs des donateurs. La technique sociétaire assure avec mesure cette transmission du pouvoir. V. en ce sens : GALLIMARD (M.) La transmission d'entreprise. In *Etudes à la mémoire du doyen Pierre Azard : Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise*. Cujas, Paris, 1980, p. 65.

⁵⁵ La technique juridique conventionnelle vient au secours des anciens principes de droit civil qui prônaient la conservation des biens dans la famille par le sang, désormais battus en brèche par la loi du 3 décembre 2001 réformant le droit des successions. L'expression de nouvelles priorités apparaît dans les droits en pleine propriété accordés au conjoint survivant représentatif de la famille par alliance, dans la place qui lui est donnée face aux collatéraux privilégiés (sous réserve de leur droit de retour ne portant que sur la moitié des biens reçus de la lignée) et dans l'abandon de la fente entre les branches utérine et consanguine des collatéraux privilégiés.

⁵⁶ V. BONDUELLE (P.) A quoi peut servir une société civile de gestion de portefeuille ? Art. préc. L'auteur ne néglige pas qu'en pratique, le donateur est souvent retraité et dispose du temps et de l'expérience nécessaires à la bonne gestion du portefeuille.

⁵⁷ V. sur ce point : *supra* n° 307 et s. Tous les aménagements décrits sont possibles qu'ils touchent à la structuration sociétaire ou aux valeurs sociétaires.

⁵⁸ Pour un exemple de transmission contrôlée à l'aide d'une S.A.S., voir l'exemple énoncé par TANDEAU DE MARSAC (V.) La S.A.S., outil de transmission d'entreprise ? Bull. Joly 1999, §2 p; 28, et notamment p. 31.-V. également DESJARDINS (C.) Donner le pouvoir à l'un de ses enfants sans léser l'autre grâce à une S.A.S. Option finances 7 septembre 1998, n° 513, p. 18.

parents aient l'administration légale des biens⁵⁹. La société civile permet alors de transmettre les biens aux petits-enfants mineurs, tout en réservant leur gestion au grand-père avisé. La succession de la gérance peut même être envisagée par les statuts⁶⁰.

Dans les autres formes sociales, pour transmettre progressivement tout en conservant, même *in fine*, du pouvoir, il est nécessaire d'utiliser des techniques civilistes. La plus courante est celle du démembrement : en restant usufruitier, le donateur se réserve des prérogatives supplémentaires et notamment pécuniaires⁶¹. L'intégralité des parts sociales peut être transmise en nue-propriété, l'usufruitier conservera le pouvoir sur le patrimoine et les revenus qu'il procure à la société. L'usufruit est en outre une protection efficace contre l'intrusion de tiers, car aucune cession de parts n'est envisageable sans l'accord de l'usufruitier. Les montages les plus récents proposent un démembrement de quasi-usufruit qui laisse encore plus de pouvoirs au donateur⁶².

Il est vrai que la souplesse de rédaction des statuts d'une société civile vient accentuer la flexibilité des aménagements possibles. La gérance est librement attribuée (indifféremment usufruitier ou nu-propriétaire). Des charges peuvent être transférées au nu-propriétaire tout en conservant le droit de vote à l'usufruitier⁶³.

383- La mobilité des valeurs sociétaires constitue également un avantage en vue de la transmission définitive d'éléments du patrimoine.

⁵⁹ C'est le cas classique de mésentente entre parents et grands-parents, mais également les hypothèses plus dramatiques de parents enrôlés dans une secte ou, plus couramment, de parents dilapidant les biens ou prenant des décisions contraires à l'intérêt des enfants. La technique sociétaire est parfois plus efficace que le recours au juge. Elle est surtout une mesure préventive et non curative.- V. d'une manière générale : DELGADO (J.) Réflexions sur les sociétés civiles face au mineur. J.C.P. éd. N. 1995, p. 601.- DELFOSSE (A.) Sociétés civiles : la protection de l'associé mineur. Conseils par des notaires, n° 194 du 26 décembre 1995.- Rapport du 91^e Congrès des notaires de France, *Le droit et l'enfant*, p. 961 et s.

⁶⁰ GONSARD (S.) Art. préc., p. 47.- L'auteur remarque que l'on peut fixer la gérance sur une période très longue, comme plus courte et correspondant à l'âge de raison envisagé par le donateur : 18 ans, 25 ans ou 30 ans par exemple.- Il s'agit finalement d'organiser la gestion de biens compris dans un héritage à l'instar des *trustees* anglo-saxons. V. sur ce point : GALLIMARD (M.) Art. préc., spécialement n° 33 et s.

⁶¹ Pour un exemple pratique, v. JULIEN-SAINT-AMAND (P.) Le démembrement de propriété combiné à l'apport en société de biens immobiliers. Dr. et patrimoine mars 1996, p. 22 et spécialement s'agissant de la répartition des pouvoirs p. 25 et s.

⁶² V. par ex. ROUX (J.-F.) et GRIMALDI (M.) La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit. Defrénois 1994, art. 35667.- JADAUD (B.) Droits et pouvoirs dans la donation-partage de parts sociales avec réserve de quasi-usufruit. J.C.P. éd. N. 1995, 3569.

⁶³ Une difficulté subsiste quant à la liberté de répartir les droits de vote entre l'usufruitier et le nu-propriétaire. L'art. 1844 c. civ. laisse en effet planer des incertitudes en l'attribuant par principe au nu-propriétaire, bien que son dernier alinéa laisse aux statuts la liberté de déroger à cette disposition. Un Congrès des notaires a eu l'occasion de formuler un vœu à ce propos et milite pour la plus large liberté contractuelle « accompagnée d'une protection adaptée contre les abus » (Entretien avec Me Pascal Julien Saint-Amand, préc.) Cette proposition va dans le sens d'une grande malléabilité apte à répondre à des besoins patrimoniaux différenciés et donc à faciliter dans tous les cas les transmissions.

Les libéralités sont ordinairement soumises à un formalisme protecteur⁶⁴. La validité des dons manuels a toutefois été étendue aux virements de compte à compte⁶⁵. En effet, la tradition a connu, dans ses modalités⁶⁶, une diversification qui a conduit à une extension du don dit « manuel » : virement bancaire, remise d'un chèque, procuration sur un compte bancaire, etc. Mais pour valider ce don, la tradition doit présenter trois caractères : elle doit être effective, emporter la dépossession du donateur et être effectuée à titre autonome et distinct⁶⁷.

Les valeurs sociétaires dématérialisées, quant à elles, peuvent être transférées par une simple inscription en compte⁶⁸. S'agissant d'une donation d'actions, la question de la forme peut donc se poser. Sont-elles soumises à solennité ou peut-il y avoir don manuel ? Cette dernière solution banaliserait la transmission à titre gratuit de valeurs représentant parfois des sommes très importantes⁶⁹.

S'agissant d'un compte de valeurs mobilières, une réponse positive est acquise⁷⁰. L'intérêt d'une telle solution pour la transmission d'entreprise est évident⁷¹. Le donateur n'a

⁶⁴ NICOD (M.) *Le formalisme en droit des libéralités*. La Mouette, 2001. L'auteur souligne l'importance du formalisme en la matière et propose son nouvel aménagement. Il est vrai que le formalisme assure divers fonctions : il garantit la volonté du disposant, il assure la paix familiale, il consolide les droits des gratifiés face aux créanciers, etc. Il convient de ne pas verser dans la tendance fâcheuse à la désolennisation et de préférer la construction d'un « formalisme éclairé ». Les vœux de l'auteur pourraient être entendus par le futur projet de loi portant sur un deuxième volet de réformes du droit des successions et libéralités. Les notaires ont répondu l'an dernier à une enquête en la matière. V. revue : Notaires, vie professionnelle, n° 241, septembre 2003. Réforme des successions : la contribution du notariat.

⁶⁵ Cass. civ. 1^{re}, 7 juillet 1959. Bull. civ. I, n° 324.- GRIMALDI (M.) *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*. Op. cit., n° 1288.- NICOD (M.) *Le formalisme en droit des libéralités*. La Mouette, 2001, n° 374. (L'auteur considère que l'expression « don manuel » est impropre. Il s'agit d'une donation indirecte).

⁶⁶ Elle est manuelle dans sa forme classique.- *Adde* sur l'ensemble de la question : PETERKA (N.) *Les dons manuels*. L.G.D.J., 2001.

⁶⁷ C'est l'irrespect de ces trois conditions qui a entraîné le rejet de la qualification de don manuel s'agissant d'une donation d'avoirs détenus par une banque suisse dans une espèce récente. V. Cass. civ. 1^{re}, 23 janvier 2001. Bull. civ. I, n° 8 ; Defrénois 2001, art. 37357, obs. CRONE (R).

⁶⁸ V. sur ce point LE NABASQUE (H.) et REYGROBELLET (A.) La transmission des valeurs mobilières et l'inscription en compte. Rev. dr. banc. juillet-août 2000, p. 262.- L'inscription en compte vaut même présomption de simple propriété : v. Cass. com., 22 octobre 2002. J.C.P. éd. E. 2003, jp 398, p. 471 et s., note DANIS-FANTOME (A.) ; Bull. Joly 2003, § 9, p. 50, obs. LE NABASQUE (H.) ; R.T.D. com. 2003, p. 324, obs. CHAZAL (J.P.) et REINHARD (Y.) [v. antérieurement : Cass. com., 10 juin 1997. D. 1999, jp, p. 89, note CAUSSE (H.) ; Bull. Joly 1997, p. 359, obs. DAIGRE (J.-J.)]

⁶⁹ Sur la question de l'assouplissement de la forme des libéralités, v. MONTREDON (J.-F.) *La désolennisation des libéralités*. L.G.D.J., 1989.- v. notamment le 96^e Congrès des Notaires de France, *Le patrimoine au XXI^e siècle*. En particulier, le rapport de synthèse du Pr. Grimaldi qui évoque la possibilité de don manuel par virement électronique des valeurs mobilières « cliquer, c'est donner ». Defrénois 2000, n° 37199.

⁷⁰ V. en ce sens : Cass. com., 19 mai 1998. Bull. IV, n° 161 ; D. 1998, p. 504, note MARTIN (D.) ; D. 1999, somm., p. 308, obs. NICOD (M.) ; Defrénois 1999, art. 36922, note CHAPPERT (A.) ; R.T.D. com. 1998, p. 967, obs. DEBOISSY (F.) Les juges admettent la transmission des titres par don manuel, ce qui a une influence sur le régime fiscal de l'opération (v. Dr. fiscal 1998, n° 42, comm. 910) ; l'arrêt est encore cité in : HOVASSE (H.) Les valeurs mobilières dématérialisées. J.C.P. éd N. 1998, p. 1663.- *Adde* : MARTIN (L.) note sous Cass. com., 24 octobre 2000. J.C.P. éd. N. 2002, n° 1198.

⁷¹ BERGER (P.) La donation indirecte de valeurs mobilières. Dr. et patrimoine, mars 1994, p. 31.

qu'à signer un ordre de mouvement au profit du compte titres du donataire pour transmettre les valeurs sociétaires représentative d'une participation d'entrepreneur.

Mais il convient d'être prudent. En effet, une réponse ministérielle a rappelé l'importance de la forme solennelle au regard des intérêts à protéger concernant la donation des parts ou actions d'une société entrepreneuriales⁷². Il semble dangereux, compte tenu des enjeux juridiques⁷³, financiers et fiscaux d'une transmission d'entreprise, de ne pas s'assurer de la garantie que constitue le recours à un juriste, à la fois conseil et rédacteur. Une distinction pourrait donc s'opérer entre les valeurs sociétaires de « placement » et celles représentant une participation active. Dès lors que les valeurs à transmettre confèrent un contrôle sociétaire, la banalisation du virement semble dangereuse. C'est en fait la question de la consomptibilité de la valeur sociétaire qui serait posée pour autoriser ou non sa transmission par simple virement⁷⁴.

384- La technique sociétaire permet donc d'accompagner plus sereinement la transmission à titre gratuit. Tant en ce qui concerne le patrimoine professionnel que le patrimoine privé, elle permet la maîtrise ou l'anticipation progressive et contrôlée du patrimoine. La multitude des techniques décrites pour concentrer le pouvoir, alliée à l'aptitude naturelle au fractionnement de la société, en font un outil malléable, répondant aux objectifs les plus variés. La technique sociétaire est employée pour préparer les successions, ceci d'autant plus que par principe ces dernières s'ouvrent sur des situations de détention collective analogues à celle que propose une société.

S'agissant d'une transmission à titre onéreux, l'appropriation collective est moins systématique, la technique sociétaire présente toutefois un atout considérable, tout particulièrement s'agissant du patrimoine professionnel.

⁷² J.O. du 13 mai 1996, Déb. Ass. nat., Questions et réponses, p. 2611. Defrénois 1996, art. 36425. V. encore : GILLES (D.) Les écueils de la transmission d'entreprise par voie de donation indirecte. Droit et patrimoine, octobre 1994, p. 5.

⁷³ Des considérations de droit patrimonial de la famille sont autant à prendre en compte que des considérations de droit des affaires. Il faut envisager le problème du possible rapport de la donation à la succession, mais aussi aborder les problèmes juridiques propres à toute cession de contrôle. V. sur ce point *infra* n° 403 et s.

⁷⁴ A cet égard, un raisonnement par analogie avec le champ d'application du quasi-usufruit pourrait être mené. Le quasi-usufruit est le droit réel temporaire correspondant à l'usufruit sur une chose consomptible, qui impose à son titulaire la restitution d'une chose semblable ou d'une somme d'argent correspondant à la valeur de cette chose. (art. 587 C. civ.) Si les valeurs sociétaires donnent un pouvoir, voire le contrôle d'une société. Il s'agit d'une influence unique, non consomptible. La solution est différente si les valeurs ne sont que des placements.

Paragraphe 2 – La société, technique de transmission à titre onéreux du patrimoine

385- La technique sociétaire constitue également un mode de transmission à titre onéreux du patrimoine. La qualité mise en avant est la mobilité des titres sociaux et particulièrement la négociabilité des valeurs mobilières que sont les actions. La négociabilité fait alors échapper la transmission aux formalités de l'article 1690 du Code civil. Elle permet également de fixer un prix conforme à l'utilité estimée de l'élément patrimonial transmis⁷⁵,

Si son intérêt est souligné concernant certains éléments du patrimoine privé, les opérations portant sur ce dernier sont souvent d'une importance moindre que celles portant sur le patrimoine professionnel et ne nécessitent pas toujours un tel déploiement de manipulations juridiques⁷⁶. La mise en société de l'élément cédé procédera le plus souvent de l'initiative de l'acquéreur, pour des raisons de gestion qui lui sont propres. Ainsi un propriétaire foncier cédant un terrain à bâtir à un promoteur aura-t-il fréquemment pour acquéreur une société civile de construction-vente présentant les meilleurs gages de réalisation de l'opération immobilière envisagée. C'est principalement à propos des éléments du patrimoine professionnel que la transmission à titre onéreux sera facilitée par la mise en société.

La mise en forme sociale des éléments du patrimoine - qu'il soit privé ou professionnel - présente un avantage indéniable. Tout comme pour la transmission à titre gratuit, la technique sociétaire sert des objectifs variés. Il peut ainsi être envisagé de ne céder qu'une partie de la participation dans la société. Le pouvoir sur le patrimoine est alors conservé à des degrés variables (A). Une cession totale des valeurs sociétaires peut aussi être projetée (B). Dans tous les cas, le fractionnement du patrimoine opéré permet des modalités de cession flexible.

A – Les hypothèses de transmission partielle des valeurs sociétaires

386- Ici encore, l'intérêt de la structuration d'un élément du patrimoine par la technique sociétaire réside dans le fractionnement opéré rendant possible la cession d'une partie seulement des titres de la société et donc du pouvoir sur le patrimoine.

⁷⁵ Notamment par le biais des marchés financiers censés refléter les rapports entre l'offre et la demande.

⁷⁶ En effet, la cession à titre onéreux d'éléments du patrimoine privé s'opère le plus souvent de manière classique, car le vendeur ne souhaite pas conserver du pouvoir. Il s'en sépare généralement de manière définitive. L'exemple le plus courant est celui de l'immeuble à usage d'habitation, qui est, dans l'immense majorité des cas, cédé en la forme des ventes d'immeuble et ce aussi facilement que s'il s'agissait de céder des parts de S.C.I. (Il n'y a aucun avantage fiscal conséquent à constituer une S.C.I. : v. *infra* n° 874).

Suivant les objectifs recherchés, différents schémas sont envisageables. L'influence du cédant sur le patrimoine peut rester modeste, le cessionnaire cherchant à acquérir le pouvoir. Au contraire, le vendeur peut vouloir conserver une influence dominante, l'acquéreur n'achetant qu'une participation financière dans la société. La technique sociétaire permet de ménager la conservation ou assurer la transmission du pouvoir effectif sur un patrimoine sans cession de l'intégralité des parts. Le coût de l'opération peut s'en trouver considérablement allégé. L'ampleur de la transmission est donc variable. Elle oscille entre une simple participation financière, le patrimoine n'étant pas un support d'activité pour le cessionnaire (1) et une participation active, qui peut même mener à une restructuration⁷⁷ en cas de participation contrôlée (2).

1 - La cession d'une participation financière

387- Le patrimoine est composé de différents éléments au rang desquels figure ce qu'on appelle communément les « placements ». Pour le détenteur, il ne s'agit pas nécessairement d'un support d'activité professionnelle. Il s'agit davantage d'un investissement et la plupart du temps d'une forme d'épargne. C'est une matérialisation particulière de sa richesse, laquelle peut être très fructifère⁷⁸. Mais le « placement » sociétaire a, au sein de la structuration du patrimoine, un avantage moins connu que la fructification, et pourtant non négligeable. Quel que soit le type de société cible du placement⁷⁹, le fractionnement opéré représente en effet un atout considérable au niveau de la cession à titre onéreux. Il permet de céder facilement une participation financière, beaucoup plus facilement que si tous les intérêts étaient confondus.

Cette rapidité de cession sert des objectifs variés. Le cessionnaire peut souhaiter se défaire de sa participation définitivement (a), ou provisoirement (b).

a) La cession définitive de la participation financière

388- Lorsqu'une personne souhaite se défaire de manière définitive de certains de ses placements patrimoniaux, c'est souvent parce qu'elle a un besoin de liquidités. Or, lorsque ces placements prennent la forme de valeurs sociétaires et plus particulièrement de valeurs

⁷⁷ V. sur ce point : COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Droit des sociétés. Op. cit.*, n° 1780 et s.

⁷⁸ V. *infra* n° 598 et s.

⁷⁹ Société entrepreneuriale ou patrimoniale.

mobilières, leur cession en est facilitée. Elle satisfait aux besoins de liquidités des cédants et les sécurise également dans la disponibilité de leur argent. Cette souplesse à la transmission facilite la gestion du patrimoine ainsi placé. S'agissant des valeurs sociétaires mobilières, une simple inscription en compte suffit⁸⁰. L'ordre de vente est rapide et immédiat⁸¹.

La cessibilité est amplifiée par la négociabilité et la mobilité du titre. L'existence d'un marché de transaction facilite la rencontre de l'offre et la demande, et accélère la réalisation de la cession. Le marché fixe facilement et rapidement le prix de cession. En fonctionnant de manière quasi-anonyme, la responsabilité du cédant est relativement limitée.

Contrairement à l'acquisition d'autres biens, la structuration du patrimoine par l'acquisition de valeurs sociétaires ne fige pas l'état du patrimoine⁸². Tel n'est pas le cas de l'achat d'un bien corporel tel qu'un immeuble, un tableau de maître, ou un bien incorporel tel qu'un brevet d'invention, un fonds de commerce. Pour les valeurs sociétaires, la cession est presque toujours possible⁸³, alors que, par exemple, un immeuble en période de crise immobilière sera invendable⁸⁴. Cette qualité de cessibilité concerne l'administration du patrimoine. Elle se distingue des questions de sa valorisation ou de sa diminution, qui ne relèvent pas du choix de structuration du patrimoine, mais de sa gestion économique⁸⁵.

⁸⁰ V. *supra* n° 383 note de bas de page 68.

⁸¹ Le rôle des banques est en la matière essentielle. Elles sont les intermédiaires naturels entre leurs clients et les sociétés émettrices ou cotées en bourse. Pour les sociétés, elles assurent le placement des titres ou peuvent réaliser un portage d'actions. Elles proposent plusieurs services à leurs clients : le contrat de dépôt de valeurs mobilières, la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières (art. L 531-1 C. mon., v. *infra* n° 650), la transmission des ordres de bourse (art. L 211-1 C. mon.) V. sur ce point : GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.) *Droit bancaire*. Litec, 2002, p. 535 et s. et en particulier s'agissant des ordres de bourse n° 755. La banque a un devoir de conseil, notamment d'information sur les mises en garde de la C.O.B.

⁸² Il est fréquent de lire dans les ouvrages de vulgarisation concernant la gestion du patrimoine, qu'il convient de diversifier son patrimoine en ventilant entre différents produits ou placements. Il s'agit d'un modèle de structuration du patrimoine entre parties immobilière et mobilière, cette dernière étant souvent incarnée par des valeurs sociétaires. Les risques de moins-value se diluent devant la diversité des valeurs du patrimoine.

⁸³ Par la fragmentation opérée, elle peut concerner plusieurs acquéreurs ayant chacun moins à payer. Les valeurs sociétaires peuvent être négociables sur un marché réglementé ou non.

⁸⁴ La crise qui touche actuellement les marchés boursiers conduit à l'affirmation que les titres sont invendables, ce qui est absolument faux. Ils trouveraient acquéreurs, mais le cédant n'a aucun intérêt à les vendre actuellement, car la décote de ses valeurs mobilières lui ferait comptabiliser une perte effective de richesse. Au contraire, en les conservant, il peut espérer une reprise des activités boursières et un meilleur prix de cession.

⁸⁵ V. sur ce point *infra* seconde partie, titre premier, chapitre 2.- On ne peut nier toutefois qu'en pratique, la cession sera freinée si le cédant réalise une trop grosse perte financière. Le cédant patientera pour trouver un acquéreur au meilleur prix : il attendra que le cours de l'action remonte. La gestion économique de son patrimoine viendra influencer sur sa gestion politique. L'arbitrage des choix de placements dépend pour une plus grande partie de la valorisation qu'ils procurent plutôt que de l'attachement juridique qu'ils imposent.

b) *La cession provisoire de la participation financière*

389- Il a été démontré qu'il est possible d'user de la structuration globale qu'opère la société à titre de garantie⁸⁶. La cession provisoire de participation financière dans une société peut, elle aussi, répondre à un besoin de crédit⁸⁷. En effet, au même titre que n'importe quel autre bien, les valeurs sociétaires peuvent constituer la garantie d'un crédit.

390- La valeur sociétaire peut faire l'objet de sûretés classiques tel que le nantissement. Le gage est aussi utilisé. La technique sociétaire permet toutefois des montages plus complexes. Ainsi, on évoque aujourd'hui la possibilité d'assurer la garantie de crédit par la remise en gage des comptes sur lesquels sont inscrits des instruments financiers ou titres d'intéressement ou de participation au bénéfice de sociétés. C'est le cas notamment de l'épargne salariale qui prend parfois la forme de SICAV ou d'actions indisponibles pendant une période de cinq ans⁸⁸. Il y a là un intérêt évident à pouvoir donner en garantie cette épargne bloquée de manière à pouvoir financer immédiatement une opération.

391- Les garanties réelles sont souvent préférées aux garanties personnelles⁸⁹. Elles donnent en effet une prise sur la propriété, considérée comme la meilleure des sûretés. La dissociation entre pouvoir et capital, qui constitue la segmentation⁹⁰ ou le démembrement⁹¹ des valeurs sociétaires, peut être utilisée dans cette optique. Ainsi en est-il de l'usufruit temporaire comme mode d'optimisation financière⁹². Le démembrement de propriété est dans ce cas suivi d'une cession de droit réel au profit du prêteur à titre de garantie. La propriété de la valeur constitue une garantie pour son détenteur tout en ne privant pas l'utilisateur.

⁸⁶ Elle permet de mobiliser du capital sans priver du pouvoir. On pense notamment à la recherche de bailleurs de fonds possible dans des sociétés expressément conçues à cet effet comme les S.E.L., les sociétés de participation financière des professionnels libéraux, les sociétés en commandite par actions. La prise de participation peut être le fait d'une société de capital-risque, d'un établissement bancaire, etc.

⁸⁷ COZIAN (M.) Comment appeler en renfort un partenaire financier sans perdre le contrôle de son entreprise ? (Nouvelle version de la fable Le savetier et le financier). Petites Affiches 19 février 1997, p. 4.

⁸⁸ BOUTEILLER (P.) La remise en garantie de l'épargne salariale. J.C.P. éd. E. 2000, p. 352.

⁸⁹ Il est fréquent de dire que la propriété est la reine des sûretés. V. CROCQ (P.) *Propriété et Garantie*. Op. cit.- Adde sur la controverse relative aux avantages et inconvénients respectifs du cautionnement et de la garantie hypothécaire en matière immobilière, DAGOT (M.) Sûretés réelles contre sûretés personnelles. J.C.P. éd. N. 1986, I, 93.

⁹⁰ V. s'agissant des actions à dividendes prioritaires sans droit de vote ou s'agissant des certificats d'investissement, *supra* n° 333 et s.

⁹¹ On pense notamment au démembrement entre usufruit et nue-propriété. V. également *supra* n° 347.

⁹² Une société mère peut lever des fonds en constituant à titre temporaire au profit d'un investisseur financier un droit d'usufruit portant sur des actions d'une filiale. V. LAMY droit du financement n° 1156.

La propriété de la valeur sociétaire reste toutefois la reine des sûretés car elle offre non seulement la saisissabilité du bien mais en plus sa libre disposition. L'influence du droit de propriété sur le crédit n'est plus à démontrer⁹³. A la différence d'autres biens pour lesquels l'opération est très onéreuse⁹⁴, la cession temporaire des titres est facile. Elle confère pour un temps la propriété des titres sociaux à un tiers, une banque par exemple. Ce sont les conventions de portage qui permettent ce type de financement⁹⁵. La vente à réméré⁹⁶ ou la mise en pension sont également des techniques courantes⁹⁷.

392- Ce type d'utilisation de la technique sociétaire n'est pas réservé aux grands groupes finançant des investissements lourds avec le concours de banques. Un enfant peut réaliser une opération immobilière (acquisition, construction à titre tout à fait privé) en sollicitant l'aide financière de ses parents. La création d'une S.C.I. permet aux parents d'apporter le financement nécessaire, tout en contrôlant plus efficacement l'emploi des fonds apportés. C'est un moyen de prêter tout en conservant la possibilité de transmettre à terme les parts sociales soit à titre onéreux soit à titre gratuit. L'association représente une garantie pour le prêteur. Dans ce dernier cas, la conscience de participation à une société est toutefois plus forte du fait de l'acquisition de la propriété des valeurs sociétaires, fût-elle temporaire. Il y a implication dans un projet, en l'occurrence familial.

393- La détention de valeurs sociétaires ne consiste pas toujours en un simple placement. La technique sociétaire devient souvent le mode d'organisation de l'activité professionnelle. Il n'est plus question alors de participation financière, mais plutôt, compte tenu de l'implication dans un patrimoine professionnel, d'une participation active. La cause est depuis longtemps entendue que la transmission de ce patrimoine professionnel est facilitée par la technique sociétaire⁹⁸.

⁹³ CROCQ (P.) *Op. cit.*

⁹⁴ C'est le cas notamment des immeubles soumis aux droits d'enregistrement très lourds lors d'une cession.

⁹⁵ LUCAS (F.-X.) *Les transferts temporaires de valeurs mobilières*, L.G.D.J., 1997.

⁹⁶ Sur la vente réversible, v. VIDAL (D.) *Droit des sociétés*. *Op. cit.*, p. 282 et s.

⁹⁷ V. encore le prêt de titres ou la location de titres. VIDAL (D.) *Droit des sociétés*. *Op. cit.*, p. 284 et 286.

⁹⁸ PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.) et PEYRAMAÛRE (P.) *La cession d'entreprise*, Dalloz, 1993.

2 - La cession d'une participation active

394- L'hypothèse de la participation active intéresse certes les « grosses » sociétés cotées en bourse, mais également les sociétés civiles professionnelles, les sociétés d'exercice libérales, les petites sociétés commerciales abritant l'exploitation d'un commerce, d'une petite entreprise, etc. La prise de participation est motivée par l'exercice d'une activité.

La cession d'une participation active fait essentiellement référence à l'hypothèse d'une participation au développement d'une entreprise. Mais si elle est prépondérante, elle n'occulte pas celle des sociétés à vocation purement patrimoniale. Tel est le cas par exemple de sociétés ayant pour objet la détention d'un immeuble et dans lesquelles le rachat d'une participation active permet parfois d'obtenir la jouissance effective du bien⁹⁹.

Le cas de la transmission d'une participation à une activité est toutefois le plus fréquent et le plus conflictuel d'un point de vue juridique¹⁰⁰. Acquérir ou « se séparer de son entreprise est un acte patrimonial »¹⁰¹. La mise en société de l'entreprise est déjà un pas important en vue de l'organisation de la cession¹⁰². Du point de vue du vendeur, la forme sociétaire présente autant d'avantages que du point de vue de l'acquéreur (a). La flexibilité mais aussi la spécificité de la technique sociétaire sont soulignées lors de l'organisation de la cession. (b).

a) Les avantages de la technique sociétaire pour les parties

395- Pour le vendeur (α), la rapidité et la pluralité d'acquéreurs possibles sont des atouts. Pour l'acquéreur (β), la flexibilité de la prise de contrôle est fondamentale.

α – Pour le cédant

396- Pour le professionnel, la cessation de son activité et la transmission corrélatrice de son outil de travail est plus aisée sous la forme sociétaire qu'en cas d'inorganisation.

La valeur du bien professionnel est *d'abord* concrétisée par la participation au sein de la société. Elle structure et organise ce qui pourrait autrement rester très abstrait. C'est le cas notamment des clientèles civiles qui, malgré la reconnaissance de leur patrimonialité par la

⁹⁹ On peut illustrer le propos à l'aide des sociétés d'habitation à temps partagé.

¹⁰⁰ La gravité d'une cession de contrôle ne peut se comparer avec la cession d'une semaine de vacances dans les Alpes... La technique employée est pourtant la même.

¹⁰¹ OUZIEL (J.) *Bien négocier la cession d'une société*. Gestion de fortune avril 1999, p. 68.

¹⁰² Sur le régime des cessions de droits sociaux, v. VIDAL (D.) *Droit des sociétés*. *Op. cit.*, p. 262 et s.

Cour de cassation¹⁰³, n'acquièrent souvent une réalité qu'au travers des sociétés civiles professionnelles ou des sociétés d'exercice libéral, à raison même de la transmission plus aisée qu'elles permettent¹⁰⁴.

397- La mise en société élargit *ensuite* les possibilités de reprise¹⁰⁵ et notamment le profil de l'acquéreur. Dans certains cas, les autres associés seront en effet intéressés par une reprise des parts cédées afin d'éviter l'entrée de nouveaux associés. Dans d'autres cas, la cession sera facilitée par la possibilité de faire intervenir plusieurs repreneurs. La forme sociale favorise dans tous les cas la transmission à d'autres partenaires. On objecte parfois l'existence de clauses statutaires restrictives à certaines entrées. Mais l'agrément qui peut s'imposer est contrebalancé par la sanction du refus abusif¹⁰⁶. Les autres associés n'ont pas toujours les moyens de racheter les parts du cédant.

398- Le cédant peut *enfin* souhaiter céder une partie du pouvoir qu'il a sur la société sans vouloir céder la participation et donc les revenus qui en découlent. L'augmentation de capital peut répondre en partie à cette attente. En renonçant à leurs droits préférentiels de souscription, les anciens actionnaires laissent la porte ouverte à de nouveaux, qui peuvent selon l'importance de la prise de participation, détenir la majorité du capital en fin d'opération. Technique de rachat d'entreprise, l'augmentation de capital est toutefois une technique qui ne confère pas de contrepartie financière à ceux qui cèdent le pouvoir et impose aux nouveaux arrivants la présence des anciens « contrôlares »¹⁰⁷.

De la même manière, à une plus petite échelle, la technique sociétaire ménage le cédant en lui permettant d'organiser son retrait progressivement. Il peut choisir d'exercer encore son activité professionnelle en conservant une partie de ses valeurs sociétaires, tout en dégageant des liquidités et formant son successeur. La technique sociétaire qui fragmente le patrimoine

¹⁰³ Cass. civ. 7 novembre 2000. Bull. civ. I, n° 283. D. 2001, 2400, note AUGUET (Y.) ; J.C.P. 2001, II, 10452, note VIALLA (F.) ; Defrénois 2001, p. 431, note LIBCHABER (R.) ; Contrats, concurrence et consommation 2001, comm. 18, note LEVENEUR (L.) ; R.T.D. civ. 2001, p. 167, obs. REVET (T.) ; SERRA (Y.) L'opération de cession de clientèle civile après l'arrêt du 7 novembre 2000 : dorénavant, on fera comme d'habitude. D. 2001, p. 2295 ; MIRTIN-GUILHAUDIS (Y.) et RAFFRAY (J.-G.) La cession des clientèles libérales : une question réglée ? J.C.P. éd. N. 2003, 1483.

¹⁰⁴ V. notamment CHANIOT-WALINE (M.) *La transmission des clientèles civiles*. L.G.D.J., 1994, n° 357 et s. et spécialement s'agissant de la cession des parts n° 366 et s.

¹⁰⁵ Un intérêt financier s'ajoute à l'intérêt juridique de la technique sociétaire : la mise en concurrence de plusieurs repreneurs peut faire monter le prix de cession. On fait en quelque sorte monter les enchères. La procédure est privée et intéresse toute forme de société. C'est l'*Open bid*. V. AMANN (B.) L'open bid. Petites affiches 26 et 28 juin 1991, p. 27 et 13.

¹⁰⁶ CHANIOT-WALINE (M.) *Loc. cit.*, n° 367.

¹⁰⁷ Sur ces inconvénients, v. COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 1787.

présente les mêmes intérêts qu'en matière de transmission à titre gratuit. L'exemple du GAEC concernant les exploitations agricoles est une bonne illustration¹⁰⁸. Le schéma peut être étendu à des sociétés de professionnels libéraux comme une S.C.P. de médecins. Dans ce cas le cédant conserve encore un peu de pouvoir sur le patrimoine social.

399- *Toutefois*, la technique sociétaire peut se révéler au contraire dangereuse pour le cédant. Le cas intéresse un nombre réduit de sociétés, puisqu'il s'agit des sociétés cotées en bourse, dont les dirigeants n'ont pas le contrôle du capital. La société peut être la cible d'une prise de participation agressive. Le contrôle est ainsi cédé à l'insu de ses dirigeants. La méthode consiste en une offre publique d'achat ou d'échange, proposée par tout moyen de communication (presse, etc.) aux actionnaires de la société cible. Le prix est évidemment suffisamment attractif pour les inciter à céder. Ces offres sont toutefois réglementées par la C.O.B.¹⁰⁹ et le Conseil des marchés financiers¹¹⁰ (désormais sous contrôle de l'A.M.F.) afin de limiter les abus¹¹¹.

La facilité d'acquisition du contrôle est avant tout un avantage pour le cessionnaire.

β – pour le cessionnaire

400- Du point de vue du cessionnaire, l'acquisition partielle peut tout d'abord être sécurisante, car elle lui offre une association avec des partenaires expérimentés¹¹².

401- La forme sociétaire et surtout la cotation en bourse peuvent constituer un danger quant à la pérennité du pouvoir exercé sur le patrimoine lorsque le contrôle est ravi par le biais d'une O.P.A., mais elle facilite grandement la prise de contrôle *concertée* lorsque la transmission est souhaitée¹¹³.

En effet, le principal atout de la société est la possibilité de contrôler l'entreprise pour un coût d'acquisition moins important. La cession, même partielle, peut être essentielle, car elle assure le contrôle c'est-à-dire un pouvoir direct sur l'élément patrimonial convoité. Le

¹⁰⁸ V. *supra* n° 379.

¹⁰⁹ Règlement n° 2002-04.

¹¹⁰ Art. 5.1.1. et s. du règlement général du C.M.F.

¹¹¹ Et également protéger les actionnaires minoritaires.

¹¹² C'est le cas, par exemple, du professionnel libéral qui s'installe avec des associés déjà en place.

¹¹³ On a d'ailleurs observé dans la dernière décennie, une évolution des prises de contrôle agressives vers des voies plus consensuelles, motivée par une recherche de rentabilité maximale.

prix de l'investissement est considérablement diminué. Le contrôle peut de surcroît être transmis progressivement¹¹⁴.

Cette aptitude à conserver ou transmettre le contrôle indépendamment du capital a déjà été relevée pour les transmissions à titre gratuit¹¹⁵. Elle a toutefois des conséquences particulières en matière de transmission à titre onéreux, puisque l'économie réalisée peut être employée pour un autre investissement, s'inscrivant dans un projet d'activité et de croissance global.

402- Le contrôle est théoriquement assuré lorsque la participation dans la société atteint la majorité. 50 % des droits de vote permettent de maîtriser les décisions relevant des assemblées générales ordinaires, et du conseil d'administration dans le cadre d'une S.A. par exemple. Dans certains cas, une participation moindre suffit même à assurer le contrôle dans les sociétés cotées en bourse dont le capital est éclaté entre des milliers d'actionnaires¹¹⁶. En effet, l'abstentionnisme, les pouvoirs en blanc assurent à l'actionnaire principal détenant même une faible participation (inférieure à 10 %) un pouvoir sur la marche des affaires.

La prise de contrôle peut elle-même s'organiser.

b) L'organisation de la cession d'une participation active

403- Dans les sociétés commerciales, la transmission s'opère par une prise de contrôle qui peut emprunter plusieurs modalités. La première possibilité est l'acquisition d'actions ou parts¹¹⁷. Les règles applicables à cette cession de contrôle sont celles de la cession de droits sociaux. Il faudra ainsi tenir compte des différences inhérentes à la libre négociabilité ou non des titres sociaux, aux clauses spécifiques des statuts telles que clauses d'agrément, de préemption, etc. La cession peut donc avoir lieu de manière informelle contrairement à la cession d'autres biens. C'est dire si la technique sociétaire procure en théorie une grande souplesse quant au mode de transmission.

404- En pratique, la transmission est toutefois plus complexe. La première considération tient à la *forme de la société*, laquelle peut être plus ou moins favorable aux transmissions.

¹¹⁴ L'acquisition de la participation active peut être échelonnée dans le temps à la manière d'un remboursement de prêt.

¹¹⁵ V. *supra* n° 380 par exemple.

¹¹⁶ On dit que le capital est très « dilué ».

¹¹⁷ Le plus classiquement, celles de l'actionnaire dominant.

Les acquisitions sont ainsi plus compliquées dans les sociétés anonymes ou surtout dans les sociétés civiles que dans des structures telles que les S.A.S.¹¹⁸. De cette forme dépend parfois l'aptitude à conserver le pouvoir sans détenir du capital. L'aménagement est rendu possible par la technique sociétaire qui dissocie capital et pouvoir et facilite la transmission, notamment en cas de reprise de l'entreprise par les salariés. La seconde considération tient au souci de *sécurité des parties*. Une convention est alors souvent rédigée, destinée à assurer le maximum de garantie à l'acquéreur compte tenu de l'importance de l'opération.

La cession d'une participation active fait d'abord l'objet de réflexions quant aux modalités de la prise de contrôle (α). L'ensemble fait ensuite l'objet d'une convention (β).

α – Les modalités de cession

405- Les sociétés holdings peuvent être constituées dans cette perspective de transmission. Elles permettent de prendre le contrôle avec un fort effet levier¹¹⁹. C'est ce qui est appelé L.B.O. (*leverage buy out*). Le montage consiste pour les repreneurs à constituer une holding qui contracte un emprunt pour le rachat des titres sociaux. Grâce à ses fonds propres et l'emprunt, elle est en mesure de racheter la majorité des parts de la société cible. Les dividendes versés par la société cible à la holding serviront à rembourser l'emprunt. Ultérieurement, il pourra être envisagé, à l'aide des dividendes, de racheter la participation d'un partenaire financier ou le solde du capital de la société cible.

L'acquéreur peut ainsi faire assurer une partie du financement par des partenaires financiers¹²⁰. Le montage suppose la recherche du nombre de sociétés à intercaler pour assurer le pouvoir compte tenu du financement. Il suppose également une construction intelligente de l'actionnariat de la holding qui doit être composé de « noyaux durs »¹²¹. Enfin,

¹¹⁸ V. TANDEAU DE MARSAC (V.) La S.A.S., outil de transmission d'entreprise ? Bull. Joly 1999, §2, p. 28. L'auteur donne des exemples pratiques de complications administratives des cessions dans les S.A. qui ne se retrouvent pas dans la S.A.S.

¹¹⁹ Pour un point de vue généraliste v. par ex. MONASSIER (B.) La société holding et la transmission de l'entreprise. J.C.P. éd. E. 1987, I, 16102.- DELFOSSE (A.) Holding et reprise d'entreprise. Ed. d'organisation, 1988.- BONDUELLE (P.), PRIEUR (J.) et PLAGNET (B.) Société civile de gestion de portefeuille, outil de gestion et transmission. Actes pratiques 1996, n° 28.- DOM (J.-Ph.) Thèse préc.- PAILLUSSEAU (J.) et alii. La cession d'entreprise. Op. cit., n° 46-4 et s. *Adde* : COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) Op. cit., n° 1785.- Il faut noter également que la holding de reprise présente également des intérêts fiscaux en permettant d'opter pour le régime de l'intégration fiscale. V. *infra* n° 729.

¹²⁰ V. LAMY droit du financement, n° 1195.- On dit qu'il y a L.B.O. lorsque le ratio dette/capital est dans un rapport égal ou supérieur à deux.

¹²¹ Certaines formes sociales sont plus adaptées à cette stabilité que d'autres : les sociétés civiles, les commandites, les S.A.S. V. PEYRAMAURE (P.) La recherche de l'effet de levier dans la transmission des entreprises. B.R.D.A. 1989-8, p. 2 et s.- BERTREL (J.-P.) Le L.B.O. à la française. Rev. dr. banc. mars-avril

il convient de s'assurer de la coopération loyale des partenaires financiers à l'aide de conventions (pactes d'actionnaires, conventions de portage) qui assurent les pouvoirs de gestion à l'actionnaire investisseur professionnel.

Ce schéma de reprise de société est fréquent. Il existe même des cascades de holdings qui ont pour effet de concentrer le pouvoir en diminuant la mise financière. La sauvegarde du pouvoir est assurée par une détention directe ou indirecte d'au moins 51 % du capital de chaque holding. Ainsi, il a été démontré qu'avec une cascade de trois holdings, une personne peut racheter une société valant 100 avec une mise initiale de 6,77¹²².

406- Ce schéma est notamment utilisé dans le système français de rachat de l'entreprise par les salariés (R.E.S.) Il suffit que les salariés détiennent 20 % du capital de la holding et un droit de vote double pour que la reprise puisse se faire. Les partenaires financiers peuvent trouver leur place dans le capital restant disponible. Si la technique sociétaire permettant le rachat de l'entreprise par les salariés n'assure pas nécessairement une fructification économique de leur patrimoine¹²³, elle assure leur pouvoir sur le patrimoine de la société, voire sur la marche de l'entreprise elle-même qui rémunère leur travail.

407- Ce même recours à la holding est utilisé pour la transmission de l'entreprise familiale¹²⁴ lorsqu'il convient de préserver la réserve héréditaire tout en cédant le pouvoir à un repreneur extérieur. La holding permet d'assurer le pouvoir au cessionnaire, tandis que la propriété des parts ou actions de la société cible peut remplir les héritiers réservataires de leurs droits. Il est toutefois fait observer que ce montage constitue une véritable souricière pour les héritiers.

408- La technique sociétaire offre ainsi, à elle seule, une multitude de déclinaisons qui permettent, dans une même opération de cession, l'addition d'avantages multiples. Son intérêt se présente au niveau de la cible, puisque l'organisation sous forme sociale est un atout. Il se retrouve dans les modalités de reprise, puisqu'une autre société peut être constituée afin

1989, n° 12, p. 47 et s.- JACOMET (T.), MATIGNON (P.) et MONTET (S.) L.B.O. : utilisations de l'effet juridique et financier lors d'une acquisition. Bull. Joly 1990, p. 411 et s.

¹²² PEYRELAVADE (J.) Contrôler sans argent et emprunter sans surface. Banque 1935, p. 773.

¹²³ V. *infra* seconde partie titre premier.

¹²⁴ REINHARD (Y.) La holding familiale. Defrénois 2001, art. 37313.

d'effectuer l'acquisition. La technique sociétaire facilite indéniablement, et de différentes manières, la transmission de l'entreprise. Cette spécificité atteint la convention qui formalise le transfert.

β - La convention de cession

409- Une cession de contrôle connaît de tels enjeux que certains auteurs soutiennent qu'on ne peut pas la considérer comme une cession ordinaire de droits. La jurisprudence a d'ailleurs longtemps considéré qu'une cession massive de droits sociaux devait être requalifiée en cession de fonds de commerce¹²⁵. La conséquence juridique consistait en l'obligation à peine de nullité d'insérer les mentions informatives exigées par la loi du 29 juin 1935¹²⁶. La conséquence fiscale était une imposition au taux alors très lourd des droits d'enregistrement des fonds de commerce¹²⁷. Cette position choquante qui consistait à faire abstraction de la personne morale a heureusement été abandonnée¹²⁸.

Il n'en reste pas moins tentant de considérer que la cession de contrôle est plus qu'une simple cession d'actions ou de parts sociales. Le vendeur recherche à la fois le meilleur prix et la tranquillité après la vente, tandis que l'acquéreur souhaite que ce qu'il achète corresponde à ce qu'on lui vend. Ce dernier fera généralement réaliser des audits et analyses sur les comptes sociaux par exemple¹²⁹. L'opération nécessite donc la plus grande transparence¹³⁰ et une grande prudence dans la rédaction de l'acte garantissant les droits des parties¹³¹.

Il faut noter de surcroît que la prise de contrôle est une opération à trois personnes. Le cessionnaire, acquéreur du contrôle, et le cédant, qui vend sa participation contrôlaire, ne surprennent pas. Plus originale est la considération d'un cédé. On ne doit pas comprendre par là que le cédé est l'objet de la transaction et penser qu'il s'agit de « vendre une société ». Il

¹²⁵ Il s'agissait alors d'un cauchemar non seulement juridique, mais encore fiscal, puisque la requalification imposait la perception de droits d'enregistrement et de l'impôt sur les plus-values à des taux prohibitifs. COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (E.) *Op. cit.*, n° 1788.

¹²⁶ Codifiée sous les art. L. 141-1 et s. C. com. *Adde* : RAFFRAY (J.-G.) *La rédaction de l'acte de vente de fonds de commerce*, J.C.P. éd. N. 1997, prat., 3929.

¹²⁷ A la place des droits de mutations concernant les parts sociales ou actions. V. sur ce point, *infra* n° 870 et s.

¹²⁸ V. notamment Cass. com., 13 février 1990 (Bull. Joly 1990, p. 630, note JEANTIN (M.)), Rev. sociétés 1990, p. 251, note LE CANNU (P.), R.T.D. com. 1990, p. 583, obs. CHAMPAUD (C.), et p. 590, obs. REINHARD (Y.)- *Adde* : Cass. com. 7 mars 1984 (Bull. IV, n° 94) et Conseil d'Etat, 18 novembre 1985 (Dr. fiscal 1986, 10, 447, concl. O. Fouquet) In DAVID (C.), FOUQUET (O.), PLAGNET (B.), RACINE (P.-F.) *Grands arrêts de la jurisprudence fiscale*. Dalloz, 2003, p. 400, n° 22-1.

¹²⁹ PAILLUSSEAU (J.) *La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée*. J.C.P. 1992, I, 3578.

¹³⁰ HANNOUN (C.) *Les conventions portant transfert du contrôle et la transparence des sociétés*. D. 1994, p. 64.

¹³¹ PAILLUSSEAU (J.) *L'efficacité et la sécurité des opérations de cession de contrôle*. Dr. et patrimoine, février 1994, p. 32.

s'agit bien d'une personne morale, incessible. Pourtant la société est directement et hautement intéressée par la transaction opérée à l'instar du débiteur cédé dans une cession de créance¹³².

410- Eu égard à la spécificité de la cession de contrôle, il est séduisant de chercher à qualifier ce type de convention¹³³. Les hésitations oscillent entre y voir une vente, une cession de créance¹³⁴ ou un contrat *sui generis*¹³⁵.

Il est certain que les cessions de contrôle sont assorties de certaines garanties comparables aux garanties existant dans les ventes de biens tels que ventes d'immeuble, etc.¹³⁶ Toutefois, on ne peut pas considérer les titres cédés comme un bloc en vertu du contrôle qu'ils assurent et les détacher des règles spécifiques de la cession de valeurs sociétaires pour les assimiler à un bien unique soumis au droit de la vente, plus réglementé. L'importance numérique des titres cédés ne saurait modifier la qualification de la transaction qui emporte leur cession. De plus, l'assimilation à une vente laisse planer le doute que finalement il s'agit de céder « la société », voire « l'entreprise ». L'assimilation est rapide et concrète mais juridiquement fautive. Elle méconnaît les caractéristiques de mobilité des valeurs sociétaires et fait abstraction de la personnalité morale en négligeant la personne de la société.

411- Il est également possible de considérer qu'il s'agit d'une cession de contrat ou de créance. Cette fois l'opération comprend trois protagonistes. La personnalité morale de la société n'est pas ignorée. Mais c'est considérer que la société n'est, par rapport à l'associé, qu'un cocontractant et que les valeurs sociétaires qui vont faire l'objet de la cession ne sont que la figuration immatérielle du lien juridique d'obligation qui lie l'associé à la société. Or nous avons démontré que ces valeurs sociétaires ne peuvent se réduire à un simple droit de créance, ou même à un contrat négociable et doivent être regardées comme des biens incorporels sur lesquels le cédant exerce son droit de propriété.

¹³² Et avec elle, d'autres acteurs de la vie sociale tels que les salariés, etc. V. pour cette approche globale, PAILLUSSEAU (J.) *Entreprise, société, actionnaires, salariés. Quels rapports ?* Art. préc.

¹³³ PLANTAMP (D.) *Le critère de la cession de contrôle*. R.T.D. com. 1999, p. 819.

¹³⁴ On la rattache alors à un régime juridique connu.

¹³⁵ Ce qui peut être considéré comme la facilité, mais impose de construire de toutes pièces le régime de ce contrat. V. sur la qualification de la cession de contrôle : BOUCOBZA (X.) *Op. cit.*, n° 194 et s.

¹³⁶ C'est le cas, par exemple, des garanties de passif, mais plus généralement à toutes les garanties de l'acquéreur de contrôle, v. par exemple sur ce point : PAILLUSSEAU (J.) *Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle*. J.C.P. éd. N. 2002, 1236.- ETAIN (P.) *Les aménagements contractuels en faveur des cédants à la suite d'une cession de contrôle dans les sociétés anonymes*. Dr. sociétés juillet 2001, p. 4.

412- Force est donc de constater que le contrat qui régit la cession de contrôle est une forme de contrat original et tripartite ayant pour objet le seul *pouvoir*¹³⁷. Il s'agit bien d'un contrat *sui generis*, car aucun autre modèle ne met en présence à la fois une cession de biens (les valeurs sociétaires) et un engagement à l'égard d'un tiers cédé¹³⁸. Tout l'enjeu est le pouvoir (contrôle) et donc la responsabilité qu'il implique à l'égard de l'intérêt social¹³⁹.

413- Ordinairement, les cessions d'actions comme de parts sociales sont considérées comme des actes civils et, à ce titre, soumises aux règles du Code civil applicable en matière de preuve. En revanche, les tribunaux reconnaissent à la cession de contrôle, qui donne à l'acquéreur le pouvoir de direction effectif de la société, un caractère commercial¹⁴⁰, d'où une solidarité de responsabilité des acheteurs. Dès lors, les clauses compromissaires sont licites et la compétence judiciaire est celle du tribunal de commerce. La règle de la liberté de la preuve est également applicable. Il n'en reste pas moins que les opérations relatives à une cession de contrôle sont délicates et donnent lieu en pratique à une organisation juridique minutieuse, tant dans la phase préalable à la signature de l'accord, qu'au moment de la rédaction de l'accord proprement dit¹⁴¹.

414- La technique sociétaire est donc un atout pour la transmission à titre onéreux d'une participation active. En tant que telle, la forme sociale revêtue pour l'exercice de l'activité facilite la cession. En prenant en considération les divers aménagements dont elle peut de surcroît faire l'objet, et dont la constitution d'une holding n'est qu'une des nombreuses illustrations, il faut reconnaître à la technique sociétaire une supériorité quant à la transmission partielle de patrimoine ; elle n'est pas due à sa seule aptitude au fractionnement.

Ce fractionnement ne constitue-t-il pas, au contraire, un obstacle ou au moins une forme inutile lorsque l'on envisage une transmission totale du patrimoine ? Cela ne paraît pas être le cas.

¹³⁷ V. également en ce sens : BOUCOBZA (X.) *Op. cit.*, n° 197 et s.

¹³⁸ L'opération ne peut pas se comparer avec une vente d'immeuble donné à bail, par exemple. Le locataire n'intervient à la vente que pour renoncer à son droit de préemption et reconnaître l'existence d'un nouveau bailleur. De même, la vente d'immeuble grevé d'une servitude n'est pas non plus un contrat tripartite dans la mesure où la servitude est un droit réel attaché à l'immeuble, fonds dominant, et non aux personnes et que les obligations accessoires qui peuvent en être sont indépendantes de la personnalité du propriétaire.

¹³⁹ On retrouve là une connexion radicale mise en évidence par Madame Schiller (*Op. cit.*), et également soulignée par Monsieur Fromiond-Hebrard dans ses travaux sur le patrimoine (*Op. cit.*)

¹⁴⁰ C'est une jurisprudence constante. V. par exemple : Cass. com., 28 novembre 1978. D. 1980, p. 316, note BOUSQUET (J.-Cl.)

¹⁴¹ V. notamment : PAILLUSSEAU (J.) et alii *La cession d'entreprise. Op. cit.*, n° 591 et s.

B – L'hypothèse de la transmission totale des valeurs sociétales

415- Il n'est pas question de s'intéresser ici à l'hypothèse où la société elle-même cède l'intégralité de ses actifs (fonds de commerce, immeuble, etc.), car l'analyse est la même que si une personne physique cédait. Que la personne revête une forme sociale importe peu.

Il s'agit de voir en quoi la cession de parts ou actions pour céder l'intégralité de l'élément patrimonial est plus intéressante que de le céder directement. Pourquoi conserver la forme sociale voire l'adopter dans cette hypothèse ? Les intérêts (1) d'un tel procédé s'explicitent à l'aide d'illustrations concrètes (2).

1 - Intérêts de la technique sociétaire

416- En cas de transmission d'une entité, il est possible de penser que sa structuration sociétaire a peu d'influence sur la faisabilité de la cession, puisque l'intégralité de l'élément du patrimoine a vocation à être cédé. Pourtant il faut tenir compte de l'acquéreur. Il n'est pas nécessairement individuel. La technique sociétaire permet *d'abord* au patrimoine lors de sa cession *d'intéresser une pluralité de partenaires* et de faciliter ainsi sa transmission. Une personne seule ne pourrait pas envisager la reprise de l'intégralité, alors que le fractionnement lui permet d'obtenir le soutien de partenaires financiers ou entrepreneurs. La perspective de pouvoir céder à une pluralité de cessionnaires doit être envisagée.

Dans l'éventualité d'une acquisition par plusieurs personnes, la mise en société préalable du patrimoine évite d'une part les contraintes de l'indivision conventionnelle¹⁴² ou la constitution urgente d'une société, dont il faudrait supporter le coût et la conception. Les négociations sont ainsi accélérées. Les prises de décision sont facilitées en levant des obstacles d'organisation. La technique sociétaire permet d'autre part d'envisager plusieurs hypothèses de proportions de rachat entre les partenaires et l'étalement dans le temps, lorsque leurs aptitudes à la reprise ne sont pas synchronisées. En résumé, la structure sociétaire est un outil malléable de transmission qui s'adapte aux situations les plus diverses. C'est un facteur indéniable de facilitation de la transmission.

¹⁴² Les indivisions conventionnelles restent lourdes à mettre en place sans bénéficier de la personnalité morale. De surcroît, elles souffrent d'une mauvaise connaissance pratique.

417- Cette adaptabilité n'intéresse pas que les circonstances de la cession mais également la *nature des éléments cédés*. La technique sociétaire s'applique ensuite à n'importe quel élément du patrimoine.

Il s'agit ainsi la plupart du temps de *biens professionnels*. C'est le cas, par exemple, d'une entreprise, jusque là essentiellement familiale - comme une P.M.E. - mise en S.A.R.L., dans laquelle participent les époux, voire certains enfants ou ascendants. L'hypothèse vise également une activité libérale exercée dans le cadre d'une S.C.P. ou d'une S.E.L. Les sociétés unipersonnelles (E.U.R.L., S.A.S. unipersonnelle, S.E.L.U.R.L.), toutes aptes à la pluralité, favorisent aussi la transmission de ce patrimoine professionnel¹⁴³. La transmission totale présente toutefois un intérêt limité pour l'acquéreur, car la seule attribution de la majorité des parts suffit à conférer la totale maîtrise de l'entreprise à l'un, tout en diminuant le coût¹⁴⁴. Le surplus des parts, en l'absence de réel marché et de dividendes probables reste de peu d'intérêt. Il est possible toutefois de les envisager comme des garanties pour les partenaires financiers de l'opération. A l'inverse, pour le vendeur la transmission totale est souvent souhaitée. Quel intérêt aurait-il à conserver une participation minoritaire, quasiment inaccessible et, souvent, peu rémunératrice en dividendes ?

La facilité de transmission qu'opère la société peut également concerner la cession de *biens non professionnels*, comme par exemple l'immobilier de rapport¹⁴⁵. Sur le plan juridique, il peut être plus intéressant de céder toutes les parts sociales d'une S.C.I. que l'immeuble. De nombreuses précautions doivent cependant être prises. Pour ne donner que deux exemples : tel est le cas notamment de la révision du bilan¹⁴⁶ ou encore des clauses prévenant les risques de fraude¹⁴⁷. En effet, l'acquéreur ne bénéficie pas de la garantie des vices cachés de l'immeuble (article 1641 du Code civil)¹⁴⁸. Les clauses de la cession doivent prévenir à cet égard toute réticence dolosive. L'opération de cession n'est pas si simple et nécessite le recours à un professionnel¹⁴⁹. La cession de la totalité des parts ne risque plus

¹⁴³ Les auteurs de la loi sur l'E.U.R.L. voyaient dans l'idée d'attribution fractionnée de l'entreprise le moyen de faciliter sa transmission. V. sur ce point DAUBLON (G.) Art. préc. Defrénois 1986, art. 33641, n° 12.

¹⁴⁴ V. *supra* n° 386 et s. concernant la transmission partielle.

¹⁴⁵ L'investissement locatif se fait aujourd'hui avec des partenaires à des échelles plus ou moins grandes, ainsi qu'en témoignent les S.C.P.I.

¹⁴⁶ V. sur le sujet : BRAULT (J.-Cl.) *La cession de toutes les parts d'une S.C.I.* Defrénois 1991, p. 128, n° 6 et également *infra* n° 454 s'agissant des difficultés d'évaluation des parts sociales.

¹⁴⁷ BRAULT (J.-Cl.) Art. préc., n° 8 et s.

¹⁴⁸ En revanche, il est reconnu qu'un vice affectant le patrimoine de la société peut rendre impropre à leur destination certaines valeurs sociétaires. V. *infra* n° 437. V. encore l'hypothèse du dol : Cass. com., 28 janvier 2003. Bull. Joly 2003, § 118, p. 572, *infra* n° 424.

¹⁴⁹ V. en ce sens : BRAULT (J.-Cl.) Art. préc., n° 24.

toutefois d'être requalifiée en cession d'actif social¹⁵⁰. C'est en fait l'importance de l'organisation sociétaire de l'élément patrimonial qui est ainsi reconnue par les juges, et qui fait l'intérêt de l'opération.

418- La forme sociale présente *enfin* un intérêt lorsque l'on souhaite séparer des actifs de l'entreprise ou encore des branches d'activité. Il peut être intéressant d'envisager pour la sortie de cet actif une scission. Cette procédure en apparence lourde n'est en réalité pas plus formaliste que l'apport partiel d'actif¹⁵¹. Cette démarche pourra être adoptée pour la sortie de l'actif immobilier lorsqu'il est encore détenu avec l'actif d'exploitation, par exemple.

Ces qualités de la technique sociétaire à l'égard de la transmission totale peuvent s'illustrer d'exemples concrets.

2 - Illustrations de transmission totale d'une société

419- La privatisation est une illustration de transmission totale d'un patrimoine. Par cette opération, l'État cède certaines participations majoritaires qu'il détient ou encore des branches d'activité du secteur public. La forme sociétaire permet alors de mettre en vente une branche d'activité du secteur public. Les actions de la société privatisée sont mises sur le marché. La cession s'opère ainsi selon les modalités de l'offre publique de vente¹⁵². Un mécanisme est mis en place pour proposer les titres à la vente de manière à ce que ceux cédés à des étrangers ne dépassent pas les 20 %. Cette recherche d'un « noyau dur » français s'explique par le souci de préserver les intérêts nationaux. Il est également possible, à cette occasion, de favoriser l'actionnariat salarié ou populaire. La fragmentation du patrimoine transmis par la forme sociétaire avantage la transmission à plusieurs égards. Elle facilite la cession en offrant la vente au plus grand nombre. Elle permet de maîtriser des fractions

¹⁵⁰ V. notamment : Cass. com., 7 mars 1984. Bull. IV, n° 94 (arrêt Le Joncour); Cass. com., 26 avril 1984, Bull. IV, n° 137.- *Adde* en matière fiscale : Cass. com., 15 octobre 1985. S.C.I. La Pinède d'Or. B.F. Lefebvre mai 1986, n° 680.- Sur l'ensemble de ces arrêts, v. le commentaire de JADAUD (B.), Defrénois 1984, art. 33406, p. 1243, et HONORAT (J.), Defrénois 1985, art. 33523, p. 649.- Il résulte de l'arrêt Le Joncour que la cession de toutes les parts consécutives à la transformation d'une société en commandite en une S.C.I. ne peut être requalifiée en vente immobilière, même si elle est suivie à brève échéance de modifications statutaires, ou de la vente de l'immeuble social. La solution est fondée sur l'article 1844-6 du Code civil, aux termes duquel la transformation régulière d'une société n'entraîne pas création d'une personne morale nouvelle.- *Adde* : JEANTIN (M.) La cession massive des titres d'une société et la transmission du fonds de commerce. J.C.P. éd. N. 1988, I, 353.

¹⁵¹ Il faut compter cependant avec l'incidence fiscale de l'opération.- *Adde* sur le sujet : GAUDET (R.) Sortie d'actif immobilier : le recours à la technique de la scission. Dr et patrimoine, juillet-août 1995, p. 22.

¹⁵² Il faut toutefois noter que la loi du 6 août 1996 autorise également la cession de gré à gré de la société privatisée.

cédées à certaines tranches d'actionariat (et notamment à l'étranger). Elle permet enfin de protéger l'action de la société privatisée grâce à la technique du noyau dur¹⁵³. La stabilité de l'actionariat est assurée par la signature d'une convention avec l'État stipulant une inaliénabilité temporaire de la totalité des titres acquis.

420- La forme sociale favorise également la transmission totale du patrimoine dans le cadre des fusions. Le régime juridique des fusions de sociétés anonymes est bien connu. La fusion de sociétés de personnes est également possible¹⁵⁴ et peut présenter des intérêts non négligeables. La forme sociétaire facilite la fusion de deux structures et évite la transmission universelle du patrimoine. Il est en effet possible d'écarter conventionnellement le régime posé par l'article 1844-4 du Code civil, pour adopter celui des sociétés anonymes.

A cet égard, toutefois, la simplification des restructurations lourdes est très nuancée. Ainsi lorsqu'on envisage de rassembler deux entités patrimoniales, la restructuration semble aussi lourde que l'on procède par fusion de deux sociétés, ou apport partiel d'actif à une seule société, ou enfin pluralité d'apports à une société créée à cette occasion. La scission, qui au contraire suppose la disparition de la société d'origine afin que son patrimoine soit transmis à deux autres sociétés, ne se trouve pas particulièrement facilitée par la forme sociale originaire des patrimoines puisque la société a de toute façon vocation à disparaître. L'organisation du patrimoine sous la forme sociétaire est de faible incidence sur ce type de restructuration dont le coût, la faisabilité juridique et fiscale, la rapidité sont toujours des éléments déterminants incompatibles.

En revanche, les restructurations plus légères sont possibles par la prise de participation d'une société dans une autre société. Ce type d'opération suppose une cession de titres sociaux, qui confère le contrôle : c'est l'organisation déjà décrite¹⁵⁵. Dans cette hypothèse seulement, la transmission est effectivement accélérée et facilitée par la forme sociale du patrimoine ciblé.

421- En résumé, l'effet de la technique sociétaire est de substituer à la transmission d'un élément du patrimoine en propriété, la transmission de valeurs sociétaires conférant un pouvoir sur ce patrimoine. Le jeu de la technique sociétaire facilite ainsi la transmission car

¹⁵³ BAJ (C.) Privatisations : le groupe d'actionnaires stables. Rev. dr. banc. 1994, p. 8.

¹⁵⁴ CAILLAUD (B.) et BONASSE (A.) Les fusions faisant intervenir des sociétés de personnes J.C.P. éd. E. 1998, p. 595.

¹⁵⁵ V. *supra* n° 403 et s.

elle permet des aménagements profitables au cédant et au cessionnaire. Le premier peut conserver certains avantages liés à la détention des titres, tandis que la reprise par le second est optimisée par l'obtention du pouvoir avec un apport financier minimum¹⁵⁶. Mais il serait imprudent de ne pas attirer l'attention sur les difficultés liées à la mutation sous la forme sociale du patrimoine.

¹⁵⁶ L'aptitude à détenir le pouvoir avec un apport en capital amoindri est l'atout fondamental de la technique sociétaire pour la transmission, qu'elle soit à titre onéreux ou gratuit. On cite parfois certaines sociétés offrant de grandes potentialités d'aménagements dans cette unique optique de transmission. V. notamment concernant la S.A.S., BERTREL (J.-P.) La S.A.S. : bilan et perspectives. Dr et patrimoine, septembre 1999, n° 74, p. 40 et spécialement : p. 42 et 43.

SECTION 2

Les difficultés de la transmission sociétaire du patrimoine

422- Si la technique sociétaire constitue un outil efficace de transmission de patrimoine, elle ne met pas à l'abri de toutes les difficultés¹⁵⁷. Cela tient au fait que la société se place en écran, en intermédiaire entre le détenteur du patrimoine et ce dernier. Rien d'autre dans le droit commun des sociétés ne fait obstacle sinon les structururations qu'opère la création d'une nouvelle personne morale et de valeurs sociétaires.

La constitution de la société dans l'optique de la transmission peut être contestée. L'obstacle est juridique et pose la question de l'utilité de la société à cet effet (paragraphe 1). Les valorisations des parts sociales ou actions sont ensuite discutées. Les chiffres sont incontournables, et leur fixation aux différentes étapes de la transmission par voie sociétaire est délicate. Leur pertinence peut donner lieu à contentieux (paragraphe 2).

Paragraphe 1 - L'obstacle juridique : la valeur sociale

423- S'interroger sur la *valeur sociale*, c'est se demander ce que signifie l'adoption de la forme sociale et quel est l'esprit qui doit dominer dans son utilisation. En effet, le respect des règles de droit commun s'impose lors de l'emploi de la technique sociétaire à des fins de transmission patrimoniale.

Le premier obstacle est le risque d'aller trop loin dans la manipulation juridique et de faire de la technique sociétaire l'instrument d'une fraude (A). La validité du recours à la société est contestée.

Le second obstacle réside dans les règles de conduite s'imposant aux associés à l'occasion des cessions de valeurs sociétaires (B). La faisabilité de la cession est contestée.

¹⁵⁷ Il n'est pas question de faire allusion ici aux difficultés communes à toutes les transmissions quelle que soit la modalité de cession adoptée. Les pièges pour le repreneur et les difficultés psychologiques du cédant sont communs à toutes les cessions.

A – Transmission et risque de fraude

424- Les limites à l'emploi de la technique sociétaire au regard de la menace de fictivité et de fraude ont déjà été évoquées¹⁵⁸. La fictivité et la fraude sont également souvent confondues dans les décisions sanctionnant l'utilisation de la société comme mode de transmission. La poursuite d'un but frauduleux semble faire perdre à la société tout autre objet et par là même toute réelle existence. L'aptitude à la fraude de la technique sociétaire lui vient avant tout de la personnalité morale qu'elle permet de créer. Cette manipulation juridique attire d'ailleurs, dans certaines circonstances, la suspicion. C'est alors à juste titre que l'écran dressé intrigue, car il permet de dissimuler des vérités, des secrets, des objectifs peu conformes avec les règles de droit¹⁵⁹.

Sous le couvert d'une société, des dissimulations frauduleuses sont donc parfois ourdies. S'agissant de transmission du patrimoine, le danger que représente cette manipulation malhonnête ne peut être ignoré. Comme pour tout acte ayant pour objectif un transfert de propriété, il convient notamment de s'assurer que le consentement n'est pas vicié et que la cause n'est pas frauduleuse. Le cas particulier de l'immeuble en société permet d'illustrer cette idée. L'information doit-elle porter sur les seules valeurs sociétaires ou également sur l'immeuble composant l'actif social ? Si la première hypothèse était retenue, l'obligation pesant sur le cédant serait moins lourde et la dissimulation de l'état réel d'un immeuble plus aisée. Afin d'éviter toute fraude, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler récemment qu'une cession peut être annulée pour dol en cas de défaut d'information relative aux désordres affectant l'immeuble¹⁶⁰.

L'hypothèse de la fraude intéresse tant la transmission à titre gratuit que la transmission à titre onéreux. Mais c'est particulièrement lors de transmissions à titre gratuit que l'ordre public, notamment successoral, peut être bafoué.

¹⁵⁸ V. *supra* n° 82 et s.

¹⁵⁹ V. d'un point de vue général, sur ce point : CUTAJAR-RIVIERE (C.) *La société Ecran. Op. cit.*, spécialement p. 81 et s. s'agissant de blanchiment d'argent et p. 98 et s. s'agissant de trafic de stupéfiant.- Par exemple, certaines constitutions de société cherchent à utiliser l'écran de manière à faire obstacle à certaines obligations souscrites précédemment, et notamment des obligations de faire (*Ibidem*, p. 72 et s.) Tel est le cas par exemple d'un commerçant soumis à des obligations de garantie à l'occasion des ventes de matériel. Afin de se soustraire à cette obligation, l'un d'entre eux avait apporté son fonds de commerce à une E.U.R.L. La Cour de cassation a considéré que l'obligation de garantie avait été transférée à la société. Elle a refusé que l'écran fasse obstacle. La solution, exceptionnelle s'agissant de la personnalité morale, s'explique en réalité par le souci de sanctionner la tentative de fraude. V. sur ce point : Cass. com., 4 juillet 1995. Defrénois 1995. Art. 36196-2, obs. HONORAT (J.)

¹⁶⁰ Cass. com., 28 janvier 2003. Bull. Joly 2003, § 118, p. 572.

425- Le législateur a développé une méfiance naturelle à l'égard des libéralités¹⁶¹. Elle s'associe parfois au souci de défense des droits des héritiers. En France, contrairement aux pays soumis à l'influence anglo-saxonne¹⁶², il est impossible de déshériter totalement ses enfants¹⁶³. Le principe catégorique est renforcé par des dispositions permettant de rechercher les détournements de succession et autres fraudes aux droits des héritiers¹⁶⁴. La technique sociétaire est parfois utilisée par la pratique afin de détourner le patrimoine de sa destination finale.

La jurisprudence est riche sur la question. Dans chaque hypothèse, la technique sociétaire est utilisée pour déguiser une libéralité¹⁶⁵ ou déterminer l'attribution d'un bien à un tiers¹⁶⁶.

Sous le couvert d'une S.C.I. par exemple, une personne peut soustraire un bien de son patrimoine personnel ou favoriser un de ses héritiers au profit d'un autre. En rachetant à un prix considérablement réduit les parts de son père, un des enfants reçoit un avantage correspondant à la valeur réelle des parts diminuée du prix d'acquisition. Les juges considèrent alors qu'il se rend coupable de recel successoral¹⁶⁷.

Un autre exemple est celui d'une société créée entre deux frères et un neveu en vue de l'acquisition d'un appartement. En réalité, l'un des associés acquiert à titre personnel et paie de ses deniers l'appartement litigieux, se comportant comme l'unique propriétaire. La société

¹⁶¹ Se dépouiller à titre gratuit est un acte grave, qui suppose la rédaction d'un acte solennel. Le droit des libéralités est un droit de protection : NICOD (M.). *Op. cit.*, n° 221.

¹⁶² En droit anglais, les enfants ne bénéficient pas d'une réserve héréditaire. Ils ne disposent que d'une action qu'ils peuvent introduire afin de se faire reconnaître des droits dans la succession du défunt. C'est donc le juge qui apprécie en fonction de nombreux paramètres l'opportunité de leur accorder des droits. Aux Etats-Unis, la plupart des Etats permettent d'exclure totalement les enfants de la succession de leurs parents, à l'exception de ceux qui naissent postérieurement à la rédaction du testament du défunt. Certaines protections sont toutefois accordées à la veuve et aux enfants mineurs dans certains Etats. V. sur les questions de droit comparé : VERWILGHEN (M.) et alii. *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités. Droit international et Droit comparé*. Les éditions de la Baconnière, 1979. Plus spécialement s'agissant du droit anglais et de la libre disposition des biens : tome II, p. 507, n° 52.- REVILLARD (M.) *Droit international privé et pratique notariale*. Ed. Defrénois 2001, n° 504.

¹⁶³ Ainsi le devoir familial qui commande la transmission du patrimoine aux siens se heurte au pouvoir de volonté de disposer pleinement de sa propriété individuelle. V. NICOD (M.). *Op. cit.* (notamment n° 481)

¹⁶⁴ La pratique montre toutefois que la simple utilisation des textes et notamment le droit au logement temporaire prévu en faveur du conjoint survivant par la loi du 3 décembre 2001 peut aboutir à déshériter, de fait, les enfants.

¹⁶⁵ V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1987. J.C.P. 1988, II, 20959, obs. DAGOT (M.) Est fictive la société constituée entre deux époux, dont chacun détient la moitié des parts, alors qu'elle a seulement acquis un immeuble dont le mari a seul payé le prix. L'attribution à l'épouse, sans contrepartie, de la moitié des parts constitue une donation déguisée dont la nullité doit être prononcée (art. 1099 C. civ.)

¹⁶⁶ La technique vise alors à fixer définitivement ses droits. Il en est ainsi de la société constituée par une personne dans le seul but de lui apporter un actif qu'elle veut faire disparaître de sa succession en vue de priver ses enfants de leur droit à réserve. V. par exemple : AIX-EN-PROVENCE, 7 avril 1970. J.C.P. 1970, II, 16466 ; *Rev. sociétés* 1971, 576, obs. SCHMIDT (D.)

¹⁶⁷ V. encore pour l'application de *Fraus omnia corrumpit*, Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1992, R.T.D. civ. 1993, p. 390, obs. PATARIN (J.) ; D. 1992, somm., p. 226, obs. GRIMALDI (M.) et p. 401, obs. DELEBECQUE (Ph.)

civile n'a été constituée que dans le dessein de soustraire l'appartement de son éventuelle succession¹⁶⁸.

Un dernier exemple concerne les sociétés constituées entre amants. Le but immoral d'un avantage consenti à une maîtresse n'est plus aujourd'hui dénoncé en jurisprudence¹⁶⁹. Il reste qu'un apport de biens communs à une S.C.I. dont les associés sont amants est constitutif d'une fraude aux droits de l'époux commun en biens et des héritiers. L'action paulienne permet d'en obtenir la nullité.

La réalité de la réserve héréditaire des enfants est même contestée par les montages qui visent à assurer la transmission de l'entreprise. Ces derniers reposent sur la dissociation du pouvoir et de la propriété et utilisent notamment la holding. La licéité de l'opération à l'égard des droits des réservataires est contestée¹⁷⁰.

426- Il existe cependant des remèdes au risque de qualification de fraude. S'agissant de sociétés de famille, le premier consiste en l'intervention d'un notaire, qui, outre sa connaissance des pièges à éviter, garantira l'authenticité des statuts de la société. Cette authenticité est en la matière importante¹⁷¹. Elle empêche la requalification en donation des bénéfices sociaux versés au profit de l'enfant. A défaut d'acte notarié, toutes les sommes perçues sont considérées comme des libéralités et doivent être rapportées à la succession. Elles doivent s'imputer sur la part de réserve de l'enfant associé. La résultat peut être dramatique pour l'héritier.

Il est utile également de préciser les autres finalités de la société dans les statuts. Elle n'est pas qu'un mode de transmission, mais aussi un mode d'administration du patrimoine, de protection du patrimoine, etc. Ces éléments sont autant de preuves ménagées contre les accusations de fraude possibles.

D'autres précautions de bon sens s'imposent. Il faut notamment éviter dans les cas litigieux les apports de faible valeur, les clauses de répartition inégale des bénéfices par

¹⁶⁸ V. Cass. Civ 1^{re}, 6 déc. 1972. Bull., I, n° 247.- V. encore cas de sociétés validées : PARIS, 8 décembre 1981. Juridata 1981-027410 ; Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 1961. Juridata 1961-096009.

¹⁶⁹ Il a été considéré que la cause d'une libéralité consentie pour entretenir une relation adultère n'était pas contraire aux bonnes mœurs. V. Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1999. Bull. I, n° 43 ; J.C.P. 1999, I, n° 143, obs. LABARTHE (F.) ; R.T.D. civ. 1999, p. 364, obs. HAUSER (J.) et p. 892 obs. PATARIN (J.) ; Defrénois 1999, p. 738, obs. MAZEAUD (D.) et p. 814 obs. CHAMPENOIS (G.)- *Adde* : Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2003. D. 2003, jp, p. 2031, note BEIGNIER (B.)

¹⁷⁰ V. sur ce point MORIN (G.) Brèves remarques sur deux études relatives au contrat de mariage du chef d'entreprise et au rôle de la société holding dans la transmission de l'entreprise. Defrénois 1987, art. 34054.

¹⁷¹ L'art. 854 C. civ. dispose qu'« il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique ». V. toutefois les assouplissements jurisprudentiels apportés à la règle : GRIMALDI (M.) *Droit civil. Successions. Op. cit.*, n° 670.

exemple. En effet, lorsque la société est constituée entre un associé et l'un seulement de ses héritiers, ces particularités peuvent être regardée comme des avantages constitutifs de donation¹⁷².

La technique sociétaire ne peut pas couvrir une intention frauduleuse, qui reste toujours illicite. La distinction d'avec l'habileté est toutefois parfois difficile et rend certaines pratiques douteuses. La manipulation de la technique sociétaire est alors délicate. Les règles de conduite s'agissant des transmissions sociales sont d'autres données obligatoires de ces montages.

B – Transmission et règles de conduite

427- Utiliser la technique sociétaire, c'est accepter de se soumettre non seulement à la loi des parties (les statuts), mais aussi aux dispositions légales du droit des sociétés. L'attribut essentiel du droit de propriété est le droit de disposer¹⁷³. Toutefois, la cessibilité des valeurs sociétaires¹⁷⁴ est parfois soumise au respect de règles liées à la forme sociale adoptée. Ces obstacles à la libre cession qu'ils soient conventionnels ou légaux trouvent leur source tantôt dans des règles internes de la société (1), tantôt dans une réglementation externe à la société (2).

1 - Les règles de protection interne limitant la transmission

428- Dans les sociétés fermées, mais également parfois dans des sociétés cotées, la mobilité des valeurs sociétaires peut être limitée¹⁷⁵. Cela correspond alors à un esprit sociétaire et cette restriction à la circulation ne peut être remise en question par l'instrumentalisation de la technique sociétaire. Les sociétés fermées peuvent donc paraître *a priori* moins propices à la transmission de patrimoine. En effet, il est inutile de faire apport

¹⁷² Plusieurs sanctions peuvent être envisagées : le rapport à la succession ou la nullité pour fraude.

¹⁷³ Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'en rappeler l'importance. V. R.T.D. civ. 1999, p. 136, obs. ZENATI (F.)

¹⁷⁴ La vente d'autres biens est également parfois soumise à des règles précises. Il existe le plus souvent des règles de formes à visées protectrices. Ainsi, toutes les ventes ne peuvent pas se faire de gré à gré (par exemple, parfois, l'adjudication s'impose s'agissant des biens de l'incapable).- V. encore le cas spécifique des ventes d'immeubles à construire (art. L 261-1 et s. C.C.H.)

¹⁷⁵ Pour une illustration récente d'obstacle à la cession de parts familiales dans une S.C.I., v. PARIS, 17 janvier 2003. Bull. Joly 2003, § 93, p. 479 et s., note DEREU (Y.)

d'éléments patrimoniaux à une société, s'il est impossible de céder les parts au destinataire de son choix. Plusieurs clauses peuvent ici faire obstacle¹⁷⁶.

429- C'est le cas tout d'abord des clauses d'agrément¹⁷⁷.

Dans les S.A., le principe est la liberté de cession entre vifs ou de transmission à cause de mort. Mais les statuts peuvent comporter des clauses¹⁷⁸ ayant pour objet de filtrer l'entrée de nouveaux actionnaires. Les articles L 228-23 à L 228-26 du Code du commerce en délimitent toutefois rigoureusement le domaine. Ces clauses d'agrément sont notamment inapplicables aux transmissions entre membres de la famille du cédant qu'elles soient à titre onéreux ou à titre gratuit.

430- Dans la S.A.R.L., les clauses d'agrément des héritiers et conjoints de l'associé peuvent affecter la libre transmission des parts conformément à l'article L 223-13 du Code du commerce¹⁷⁹. A cet égard la liberté contractuelle permet de prévoir un agrément selon des conditions de majorité variable. Une difficulté est susceptible de survenir lorsque l'associé survivant - supposé agréer les héritiers du défunt associé - ne représente pas la majorité nécessaire pour donner l'agrément. La Cour de cassation a eu l'occasion de trancher le litige opposant les héritiers. Arguant de l'inapplicabilité de la clause, les héritiers réclamaient leur entrée dans la société, tandis que l'associé soutenait l'application du principe de l'agrément¹⁸⁰. Dans cette hypothèse, la Cour a considéré que l'impossibilité de réunir la ou les majorités nécessaires pour l'agrément n'est pas un obstacle à l'applicabilité de la clause d'agrément. La finalité de la clause impose donc de faire abstraction des conditions de majorité inapplicables

¹⁷⁶ Pour une opinion militant en faveur de l'assouplissement des formalités de cession des parts de S.A.R.L., v. YOUÉGO (Ch.) L'opposabilité de la cession des parts sociales à la S.A.R.L., Dr. sociétés juin 2002, chron. 7, p. 4.

¹⁷⁷ Pour des illustrations pratiques des problèmes d'agrément en cas de transmission, v. VION (M.) Questions pratiques, Defrénois 1992, art. 35347.- FORGEARD (M.C.) Cas pratique, Defrénois 2002, Art. 37483, spécialement n° 13 et s. Ce dernier cas a l'intérêt de comparer la S.A.R.L., la S.A.S. et la S.A.- Les clauses d'agrément posent des difficultés toutes particulières en cas de fusion ou scission. V. CONSTANTIN (A.) L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes, Bull. Joly 2003, § 160, p. 742 et s.

¹⁷⁸ JADAUD (B.) Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ? J.C.P. éd. E. 2001, 1946.

¹⁷⁹ Les clauses peuvent distinguer entre la cession entre vifs et la transmission à cause de mort. Il est fréquent de lire dans les statuts que la société continuera avec les héritiers, mais que les cessions seront soumises à agrément. La donation entre époux a fait difficulté. La Cour de cassation l'a qualifiée comme un legs, fidèle ainsi à sa jurisprudence et l'opinion de la doctrine. V. Cass. civ. 1^{re}, 24 mars 1998. Rev. sociétés 1999, p. 123, note RANDOUX (D.)

¹⁸⁰ Cass. com., 5 février 1991. D. 1992, jp, p. 3, obs. DERRUPPE (J.) La clause est inapplicable en raison des circonstances de faits. Ces dernières ne peuvent faire conclure à l'inefficacité perpétuelle de la clause qui est tout à fait valable.

à l'espèce¹⁸¹. On peut également remarquer que la difficulté d'application de cette clause ne serait pas apparue s'il avait été prévu des conditions de majorité différentes. Il est possible en effet de prévoir une majorité des votes émis¹⁸². Il s'agit d'une convention particulière, dérogeant au statut légal des S.A.R.L. qui retient quant à lui un calcul de majorité sur le nombre des parts sociales émises¹⁸³.

S'agissant de la cession à des tiers étrangers, l'article 223-14 du Code de commerce est plus restrictif encore. Il soumet obligatoirement la cession au consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales.

Les modalités d'application de telles clauses d'agrément ont également soulevé des difficultés notamment quant à la participation du cédant au vote d'agrément. Il va de soi que les héritiers de l'associé ne peuvent prendre part au vote concernant leur agrément, puisqu'ils n'ont pas encore été agréés, ne sont pas associés, et que le droit de vote est attaché à cette qualité¹⁸⁴. Quant au vote du cédant à cause de vifs à l'agrément de son cessionnaire, son exclusion semble acquise à raison de la garantie à laquelle il est tenu, même si sa participation à la délibération est admise.

Il semble que le législateur ait la volonté de modifier ces obstacles à la cession de parts des S.A.R.L. La loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit programme des dispositions qui devront être prises par ordonnance avant le 3 juillet 2004. Elles auront notamment pour objet d'assouplir le régime des S.A.R.L., et en particulier, d'alléger notamment les formalités de cession des parts sociales.

431- *Dans les sociétés civiles*, la loi prévoit que les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec l'agrément des associés¹⁸⁵. Les parts ne sont librement cessibles qu'entre ascendants et descendants et entre héritiers. En revanche, l'agrément est nécessaire pour les cessions au profit de tiers ou du conjoint. Ces dispositions sont supplétives et les statuts peuvent aménager l'agrément en prévoyant des dispenses ou des conditions de majorité différentes par exemple.

¹⁸¹ Pour un exemple de paralysie possible de la clause prévue, v. espèce jugée par T.G.I. Bordeaux, 27 mars 1990, citée par DERRUPPE (J.) Art. préc.

¹⁸² En ce sens, RICHARD (J.) L'application d'une clause d'agrément des héritiers de l'associé décédé d'une S.A.R.L. J.C.P. éd. E. 1990, II, 15785.

¹⁸³ Sur l'ensemble de la question, v. encore : CATHELINEAU (J.) *Le sort des droits sociaux après le décès d'un associé*. Thèse, Bordeaux, 1992.

¹⁸⁴ V. sur ce point, obs. DERRUPPE (J.) Art. préc., *contra* BOULARAN (F.) : S.A.R.L. : l'agrément des héritiers. J.C.P. éd. N. 1987, I, 24.

¹⁸⁵ Art. 1861 et 1870 C. civ.

432- Dans les S.N.C., une règle d'ordre public soumet toute cession à l'agrément. La société est complètement fermée¹⁸⁶,

433- Dans une société en commandite, l'article L 222-8 du Code de commerce soumet au consentement unanime des associés la transmission des parts. La faculté d'organiser la transmission, distributivement, selon qu'il s'agit de parts de commanditaires ou de commandités, est possible dans les statuts. Ces obstacles peuvent être levés lorsque la commandité est une société (S.A.R.L. ou S.A.) Il semble admis que les parts de cette société ne sont pas soumises à ces dispositions sauf fraude caractérisée¹⁸⁷.

434- D'autres clauses peuvent, *ensuite*, réduire la circulation des valeurs sociétaires.

Dans la S.A.S., des *clauses d'inaliénabilité* peuvent être insérées dans les statuts. Elles ne peuvent excéder dix ans. Leur but est, par exemple, d'assurer un « noyau dur » d'actionnaires, afin de ménager le contrôle du pouvoir. Les cessions peuvent également être soumises à l'agrément préalable de la société (article L 227-14 du Code du commerce).

Dans les sociétés anonymes et les S.A.S, des *clauses de préemption* sont également imaginées par les praticiens. Elles permettent de contrôler les transmissions entre actionnaires.

435- Enfin, le droit boursier permet aux statuts d'organiser des *règles de protectionnisme et de verrouillage du pouvoir*¹⁸⁸, qui s'opposent à une transmission du patrimoine. Elles sont valides dès lors qu'elle constituent des défenses contre les prises de participation agressives (O.P.A./O.P.E.), et le Conseil des marchés financiers autorise même ces aménagements en cours d'offre¹⁸⁹. Elles se heurtent parfois à la censure des juges¹⁹⁰ qui fondent leurs décisions sur des réglementations externes à la société. En effet, ces clauses ne

¹⁸⁶ Art. L 221-13 C. com.- COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Droit des sociétés. Op. cit.*, n° 1464 et s.

¹⁸⁷ V. sur ce point BERTREL (J.-P.) Art. préc., p. 30 et s. L'auteur écarte également l'application de l'article aux actions des commanditaires.

¹⁸⁸ On a vu ainsi que les sociétés aménagent le pouvoir avec les techniques de l'autocontrôle, l'utilisation des droits de vote double, l'émission d'A.D.P.S.D.V., le plafonnement des droits de vote, etc. Ces techniques concentrent le pouvoir en protégeant la société des prises de participations agressives.

¹⁸⁹ COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 1797.

¹⁹⁰ V. l'exemple de l'affaire O.C.P. en 1993 : PARIS, 27 avril 1993, Mutuelle du Mans c/ O.C.P., J.C.P., éd. E, 1993, II, 457, note VIANDIER (A.); Bull. Joly Bourse 1993, p. 396 s., note LE CANNU (P.); Rev. Dr. banc. 1993, p. 134, obs. GERMAIN (M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), Petites Affiches 1993, n° 60, p. 20, obs. DUCOULOUX-FAVARD (Cl.) La cour d'appel a sanctionné le montage qui rendait sans objet toute prise de contrôle du capital par un opérateur qu'il n'aurait pas agréé, car cela privait les actionnaires du bénéfice d'une compétition pour la prise de contrôle.

doivent pas faire obstacle à la compétition pour la prise de contrôle d'une société qui est bénéfique aux actionnaires¹⁹¹.

Les sociétés cotées peuvent également prévoir statutairement que tout détenteur d'une fraction du capital comprise entre 0,5 et 5% devra l'en informer. Cette disposition statutaire peut être accompagnée de sanctions comme la privation des droits de vote. Ces dispositions ne sont donc pas des obstacles à la prise de participation mais en assurent la transparence.

436- C'est donc principalement dans les sociétés fermées que l'on trouvera des obstacles internes à la mobilité des valeurs sociétaires et donc à la transmission du patrimoine par la technique sociétaire. De surcroît, la pratique révèle parfois des difficultés plus insoupçonnées. Ainsi, dans une S.C.I. abritant des locaux pour l'exercice d'activités libérales, le retrait d'un associé est-il périodiquement problématique. A défaut de successeur susceptible de reprendre l'activité et par la même occasion les parts de S.C.I. délaissées, les associés en place doivent envisager l'acquisition de ces parts parfois fort coûteuses. Le retrait pur et simple de l'associé¹⁹² est donc difficile à la fois pour les associés restant en place qui supportent le financement du rachat des parts, mais également pour l'ancien partenaire qui cherche à récupérer sa mise. Tout incite à user de la liberté statutaire en la matière afin de concilier les intérêts personnels des associés et ménager la survie de la société¹⁹³.

La transmission est plus aisée lorsqu'il existe un marché facilitant la mobilité des valeurs sociétaires. Il existe alors d'autres règles, d'une autre nature, faisant obstacle à la transmission.

2 - Les règles de protection externe aménageant la transmission

437- Comme tout contrat, la protection des parties est assurée par les vices du consentement¹⁹⁴. Il est néanmoins remarquable, *en premier lieu*, que la cession de droits sociaux bénéficie, malgré la spécificité des valeurs sociétaires, de garanties relevant du droit

¹⁹¹ Cela leur permet notamment d'obtenir le prix le plus élevé pour leurs actions.

¹⁹² L'hypothèse du retrait de l'associé se faisant attribuer sa quote-part de l'actif social et entraînant une modification du pacte social n'est pas abordée ici, bien qu'elle soulève également des difficultés. V. sur ce point : HOVASSE (H.) *Les sociétés civiles de patrimoine*. Dr. et patrimoine, juin 1998, n° 61, p. 46 et s.

¹⁹³ HOVASSE (H.), DESLANDES (M.) et GENTILHOMME (R.) *La séparation d'associés*. Actes pratiques 1998, n° 36.

¹⁹⁴ Par exemple : L'erreur entraîne la nullité de la vente, à la condition qu'elle porte sur les qualités substantielles des parts cédées ou sur la cause déterminante de la cession. C'est le cas si elles ne permettent pas l'exercice de l'activité du cessionnaire : Cass. com., 7 févr. 1995. Bull. Joly, 1995, p. 407, note COURET (A.) ou si le passif caché rend illusoire toute poursuite d'activité : Cass. com., 21 nov. 2000. Bull. Joly 2001, p. 167, § 43.

de la vente. Tel est le cas de la garantie d'éviction ou de la garantie des vices cachés¹⁹⁵. Le dispositif légal s'avère toutefois insuffisant. L'aménagement contractuel de la cession ménage alors d'autres garanties telles que la garantie de non concurrence¹⁹⁶, la garantie de passif¹⁹⁷, les conventions d'*earn-out*¹⁹⁸ ou les clauses de révision de prix¹⁹⁹.

438- *En second lieu*, lorsque la cession a lieu de manière moins formelle, le droit boursier n'est pas toujours sourd à la sauvegarde des intérêts des actionnaires en place. L'évolution de la réglementation est d'ailleurs marquée par les nouvelles dispositions concernant les prises de contrôle. Elles visent à satisfaire l'actionnaire en améliorant la valeur actionnariale²⁰⁰. Ainsi les actionnaires minoritaires des sociétés cotées sont protégés par la mise en place de procédures de garantie de cours ou d'offre publique d'achat ou d'échange. Cela leur permet de sortir de la société aux mêmes conditions de prix que l'actionnaire majoritaire²⁰¹.

Une réglementation est également mise en place pour préserver l'intérêt d'autres partenaires de la société comme les salariés de la société cible.

439- La manifestation de ces protections réside dans la fourniture d'informations relatives aux opérations de transmission du contrôle. Ces obligations ne concernent que les sociétés cotées. Par exemple, le franchissement de certains seuils de prise de participation²⁰² doit donner lieu : pour la société acquéreur à un rapport présenté à ses associés ; pour la société cible et pour l'Autorité des Marchés Financiers, à une information. Les sanctions sont lourdes, tant civilement (privation des droits de vote²⁰³) que pénalement²⁰⁴. De son côté, une société dont une partie importante du capital est cédée doit pareillement procéder à ces informations.

¹⁹⁵ Il y a vice caché lorsque l'acquéreur du contrôle d'une société découvre qu'en raison de faits antérieurs à son acquisition, cette société est dans l'impossibilité d'exploiter son fonds de commerce, de réaliser son objet social, ou de poursuivre son activité. V. par exemple pour l'admission de vices cachés : Cass. com., 17 oct. 1995. D. 1996, jp, p. 167, note PAILLUSSEAU (J.) ; pour le rejet de vices cachés : Cass. civ. 3^e, 12 janv. 2000. Dr. sociétés 2000, comm. n° 69, note BONNEAU (T.)

¹⁹⁶ SCHILLER (S.) Les clauses de non concurrence dans les cessions de droits sociaux. Dr. sociétés, mars 2002, n° 4.

¹⁹⁷ PAILLUSSEAU (J.) Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle. J.C.P. 2002, I, n° 112, p. 291.

¹⁹⁸ Possibilité d'obtenir un complément de prix.

¹⁹⁹ V. sur l'ensemble de ces garanties : COURET (A.) et LEDOUBLE (D.) *La maîtrise des risques dans les cessions d'actions*. GLN Joly éditions, 1994.

²⁰⁰ BAJ (C.) Art. préc. p. 36.

²⁰¹ V. Art. 5.4.1. du règlement du Conseil des marchés financiers.

²⁰² V. COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 1823.

²⁰³ Art. L 233-14 C. com.

²⁰⁴ Art. L 247-1 C. com.

De même, la loi N.R.E. a prévu une information spécifique du comité d'entreprise de la société cible d'une prise de participation. Le comité peut ainsi convoquer et entendre l'initiateur de l'offre publique²⁰⁵.

Ces dispositions légales s'appliquent à toutes les sociétés. Elles entravent, d'une manière toute relative, la liberté de transmission des valeurs sociétaires.

440- Il semble qu'en réalité, le droit boursier poursuive également une mission d'intérêt général visant à assainir le fonctionnement des marchés²⁰⁶. Certaines de ses règles visent à interdire aux acteurs des *modus operandi* qui pourraient méconnaître l'intérêt des marchés et par ricochet de l'économie. L'affirmation est banale mais non dénuée d'intérêt puisqu'elle constitue un argument en faveur de l'impérativité de ces normes entravant la libre circulation des valeurs sociétaires. Ainsi, au nom de l'intérêt général, d'autres contrôles sont également mis en place. Ils concernent par exemple les prises de participation en France par des investisseurs étrangers²⁰⁷ lorsqu'il s'agit de secteurs sensibles tels que la santé publique ou la défense nationale²⁰⁸. Ils peuvent également avoir pour objet de surveiller les opérations de concentration afin d'assurer la libre concurrence²⁰⁹. Le droit boursier reste intimement lié au droit des sociétés²¹⁰.

441- Ces règles s'imposent et peuvent donc faire obstacle à la transmission du patrimoine organisé sous forme sociétaire. Lorsqu'elles ont trait à la fixation du prix de la

²⁰⁵ Art. L 432-1 C. trav.

²⁰⁶ Cette mission connaît de nouveaux défis avec les manipulations de comptabilité qui ont pu être opérées par certaines grandes sociétés ces dernières années. C'est le très actuel problème de la transparence des comptes de sociétés. La loi du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière a tenté de remédier à ces problèmes.- A cet égard, deux conceptions s'opposent suivant que l'on considère le droit des marchés financiers comme des règles contractuelles (AIDAN (P.) *Droit des marchés financiers. Réflexions sur les sources*. Banque éditeur, 2001) ou comme des normes publiques à caractère réglementaire (v. en ce sens : BONNEAU (Th.) De l'inutilité du droit contractuel pour assurer le respect des règles de marché. R.T.D. Com. 1999, p. 257). Il semble que l'actualité soit favorable à la seconde conception.

²⁰⁷ BOUCOBZA (X.) *L'acquisition internationale de société*. L.G.D.J., 1998.

²⁰⁸ L'action spécifique ou *golden share* octroyée à l'occasion de privatisations pourrait permettre de s'opposer à certaines prises de participation, mais sa validité est discutée.

²⁰⁹ L'intervention du Conseil de la concurrence est prévue. Art. L 430-1 et s. C. Com.

²¹⁰ Son champ d'application soulève actuellement des difficultés face à la mondialisation. Certaines sociétés présentent un actionariat pour l'essentiel français, mais ont leur siège social à l'étranger. Le droit des marchés financiers français s'applique-t-il aux sociétés étrangères ? De nombreuses incertitudes et doutes demeurent. Peu à peu la loi vient combler les zones d'ombre. V. PELTIER (F.) *Les règles fondamentales du droit financier et l'internationalisation de la bourse*. Rev. dr. banc. 2000, p. 40.- BOUCOBZA (X.) *Op. cit.*, p. 265 et s., n°503 et s. sur la *lex societatis* et le droit boursier.

cession²¹¹, elles soulignent une autre difficulté : celle de l'évaluation des valeurs sociétaires transmises.

Paragraphe 2 - L'obstacle comptable : les valeurs sociales

442- En droit des sociétés, les chiffres sont particulièrement présents au travers de la comptabilité obligatoire que doit tenir la société. Ils sont les *valeurs sociales* qui servent de repères et concrétisent la personnalité morale. Les actions ou parts sociales doivent être évalués. Leurs « segments » peuvent également l'être²¹².

Lors de transmissions de patrimoine, à titre gratuit ou à titre onéreux, les difficultés rencontrées quant aux évaluations²¹³ trouvent leur source dans deux étapes de la vie sociale : au moment de la constitution de la société (A) et au moment de la cession des parts ou actions (B).

A – Au stade de la constitution de la société

443- La constitution de la société est l'époque d'interrogations concernant deux chiffres sociaux. Les apports²¹⁴ posent tout d'abord problème (1) Ils doivent être réels car ils constituent²¹⁵ une garantie de consistance du capital social. Il convient ensuite de les évaluer correctement en regard des titres sociaux qui en sont la contrepartie. Les stratégies d'évaluation apparaissent dès ce stade.

Viennent ensuite les interrogations que suscite la détermination du capital social (2). Le montant retenu pour le capital social a des conséquences quant à la transmission.

²¹¹ On pense notamment à toutes les clauses de révision de prix, de garantie de passif, etc. qui protègent, en réalité, des mauvaises surprises quant à la situation financière de la société. V. PAILLUSSEAU (J.) La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée, J.C.P. 1992, I, 3278.

²¹² C'est le cas du droit de vote par exemple. V. LEDOUX (P.) Thèse préc.

²¹³ Elles doivent d'ailleurs être résolues, car une erreur peut être lourde de conséquence. Ainsi l'évaluation est capitale pour le calcul de la réserve héréditaire ou encore en matière fiscale pour le calcul des droits d'enregistrement. V. sur ce dernier point un exemple récent : CAA PARIS, 12 février 2001, Dr. fiscal 2002, n° 6, comm. 98, cl. KIMMERLIN (D.) « la valeur vénale de titres non cotés en bourse doit être appréciée compte tenu de tous les éléments dont l'ensemble permet d'obtenir un chiffre aussi voisin que possible de celui qu'aurait entraîné le jeu normal de l'offre et de la demande à la date où la cession est intervenue. ». On perçoit immédiatement la difficulté rencontrée et la responsabilité encourue par le professionnel.

²¹⁴ BLAISE (H.) *L'apport en société*. Librairie du Recueil Sirey, 1955.

²¹⁵ Particulièrement dans les sociétés de capitaux.

1. L'évaluation des apports

444- L'apport en numéraire ne pose aucun problème. La constitution d'une société à l'aide de tels apports est plus facile, car il est, de surcroît, possible d'aménager la libération de ces sommes d'argent dans certaines formes de sociétés. Ainsi, dans une société civile, les statuts fixent librement la date de réalisation de ce type d'apports²¹⁶. Tout n'est toutefois pas permis. Par exemple, est considéré fictif l'apport en numéraire réalisé au moyen de fonds provenant d'un emprunt consenti directement à la société civile bénéficiaire de l'apport²¹⁷.

445- L'apport en nature, en revanche, est plus problématique. Il suppose une évaluation précise des biens apportés. Elle doit être d'autant plus correcte que la responsabilité des associés est limitée²¹⁸. En effet, l'action des créanciers a un champ d'intervention réduit aux apports qui ne doivent pas être surévalués. Dans ces circonstances, l'intervention d'un commissaire aux apports²¹⁹ ou le contrôle d'évaluation sont justifiés²²⁰.

L'évaluation est quelquefois compliquée par les modalités de l'apport : il peut s'agir de l'apport d'un bien indivis ou d'un bien en usufruit ou en jouissance seulement²²¹.

446- En réalité, le problème de l'évaluation mène à la frontière des sphères juridiques et comptables. La valeur patrimoniale du bien parvient en effet difficilement à exister juridiquement. Elle ne se distingue pas du bien lui-même²²². Pourtant elle est un des critères de qualification du bien, puisque c'est principalement la valeur patrimoniale²²³ qui traduit

²¹⁶ GARÇON (J.-P.) La libération différée du capital social des S.C.I. de gestion. J.C.P. 1993, éd. N, doctr., p. 431.- V. encore : Cass. civ. 3^e, 28 novembre 2001. Bull. civ. III, n° 140, p. 108 ; Defrénois 2002, art 37536, obs. HONORAT (J.) L'espèce est à un double titre intéressante. Elle pose la question de la qualification des apports constitués par des travaux (apport en industrie ou en nature) et celle de la libération des apports qui peut se faire par compensation. Cet arrêt souligne la souplesse existant dans la rédaction des statuts de société civile.

²¹⁷ Cass. civ. 3^e, 19 juin 1996. J.C.P. éd. E 1996, I, 589, n° 1, obs. VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.)

²¹⁸ Concernant une S.C.I. par exemple, l'évaluation peut se faire librement, l'intervention d'un commissaire aux apports n'est pas nécessaire. Il s'agit d'une société à responsabilité illimitée. Les créanciers sont protégés par l'étendue de leur gage.

²¹⁹ Art. L 225-14 C. com. s'agissant de la S.A.R.L. V. RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Op. cit.*, n° 1282.

²²⁰ Art. L 225-101 C. com. s'agissant de la S.A. La majoration frauduleuse des apports est, en outre, constitutive d'un délit pénal (art. L 242-2 C. Com.) V. RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Op. cit.*, n° 1448 et s.

²²¹ L'apport en jouissance est particulièrement difficile à évaluer. V. sur ce point : ENGEL (P.) Associé et créancier : l'apporteur en jouissance dans les sociétés de capitaux. J.C.P. éd. E. 1998, p.2056.- PETERKA (N.) Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance. Bull. Joly 2000, p. 361.

²²² ATIAS (Ch.) *Philosophie du droit*. PUF, 1999, p. 217.

²²³ Si l'on fait abstraction de toute valeur affective.

l'utilité d'une chose et donc sa vocation à être susceptible d'appropriation²²⁴. Le patrimoine lui-même rassemble davantage des valeurs que des biens²²⁵.

Lors de l'affectation du bien à une société, la problématique de la valeur se pose avec une acuité particulière parce que le droit des sociétés, à l'instar des autres pans du droit, refuse de l'intégrer, la rejetant dans le domaine économique ou comptable. Aucun texte du droit des sociétés ne donne donc de méthode d'évaluation. Le pragmatisme le justifie pour certains²²⁶. Pourtant il s'agit de traduire une réalité juridique : l'utilité du bien pour la société.

447- En effet, la notion d'utilité du bien permet de contrôler non seulement l'évaluation mais aussi la réalité de l'apport. En effet, la constitution d'apports est une condition essentielle du contrat de société²²⁷, si bien que l'apport doit être réel et non frauduleux. Il doit donc présenter un avantage certain pour ne pas être considéré comme fictif et nul²²⁸. C'est au jour de la constitution de la société qu'il convient de se placer pour évaluer l'apport en nature.

Pour constater la réalité de l'apport, le niveau d'appréciation de l'utilité du bien n'a guère à être élevé. En revanche, l'estimation doit être affinée lorsqu'il s'agit d'évaluer, de traduire en numéraire la valeur du bien apporté.

448- Le critère d'utilité du bien est donc déterminant²²⁹. Ainsi la technique sociétaire a pour double vertu non seulement le partage de cette utilité, mais aussi sa traduction en valeur. L'utilité évaluée à un moment donné est ensuite perpétuée. C'est le cas de l'usufruit temporaire ou même de l'apport d'un bien amortissable, qui donnent lieu à l'attribution définitive de parts ou actions²³⁰. Quel que soit le devenir réel du bien entré dans le patrimoine social, la contrepartie représentée par les valeurs sociétaires subsiste, et se valorise au même titre que les autres droits sociaux. L'évaluation des apports ne permet de connaître que leur

²²⁴ La valeur des choses exprime leur utilité et va jusqu'à justifier leur qualification de biens.

²²⁵ Le rejet de la notion de valeur au profit de la référence au bien se fonde encore aujourd'hui sur la connotation négative de l'argent. « Les opérations sur la valeur ont mauvaise presse » (ATIAS (Ch.) *Ibid.*)

²²⁶ CHARTIER (Y.) L'évaluation des parts de sociétés civiles immobilières. Rev. sociétés 1993, p. 1.

²²⁷ Cass. com., 20 juillet 1908. D.P. 1909.1.93.

²²⁸ Rappelons qu'est considéré nul, par exemple, l'apport d'un bien grevé d'un passif supérieur à sa valeur réelle, l'apport d'un bien sans valeur pécuniaire (brevet nul), l'apport d'un bien dont l'apporteur n'est pas propriétaire, l'apport réalisé en fraude des droits d'un bénéficiaire de droit de préemption (tel qu'une collectivité locale, la S.A.F.E.R.)

²²⁹ Il vaut d'ailleurs tant pour le bien apporté qu'ensuite pour les parts ou actions cédées, v. *infra* n° 462.

²³⁰ Un bien qui a une durée d'utilisation limitée ne donne pas lieu à des valeurs sociétaires provisoires. Les parts sont attribuées définitivement.

rémunération, les droits de chaque associé dans le capital social étant proportionnel à ses apports²³¹. Elle ne détermine pas le montant du capital social.

2 - La détermination du capital social

449- La détermination du capital social est plus ou moins libre selon la forme de la société. Il était jusque là de principe que, dans les sociétés de capitaux où les associés voient leur responsabilité limitée, il correspond à une somme minimale qui constitue le gage des créanciers. Au contraire, lorsque les associés sont responsables des dettes sociales sur leur propre patrimoine, le capital social pouvait être fixé librement, sans minimum. La loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique rompt avec cette logique en permettant aux S.A.R.L. une fixation libre de leur capital social²³². Voici donc que ces sociétés hybrides se mettent à pencher vers la catégorie des sociétés de personnes²³³.

En tout état de cause, il correspond souvent à la valeur d'origine des éléments mis à la disposition de l'entreprise par les associés sous forme d'apports en espèces ou en nature²³⁴. Cette situation est logique et contribue à en faire un instrument de garantie des créanciers²³⁵.

Une stratégie est néanmoins possible, tout particulièrement concernant les S.C.I. qui ont vocation à structurer du patrimoine immobilier. Ces sociétés offrent, en effet, la possibilité d'opter pour un capital faible ou élevé²³⁶. On raisonnera sur leur seul exemple.

²³¹ Art. 1843-2 c. civ.

²³² Le projet de loi initiative économique avait pour ambition de créer « les sociétés pour 1 euro ». La loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 (J.O. 5 août 2003, 13449) permet finalement de fixer dans les statuts le capital des S.A.R.L. Moins démagogique dans sa formulation, la disposition aboutit à un résultat identique. On peut s'interroger sur le véritable impact d'une telle disposition. Si la société fait l'objet d'apports importants, il n'y a aucune raison d'avoir recours à une sous-capitalisation. S'il s'agit en revanche d'une société de service, l'absence d'apport en numéraire à faire pour la constitution du capital social peut être intéressant, mais les partenaires de la société se contenteront-ils d'aussi peu de garanties ? En outre, des aménagements de libération dans certaines sociétés étaient déjà possibles. Le montant du capital est une garantie pour les sociétés à risque limité qui regarde tout à la fois les partenaires tels que fournisseurs et clients, mais aussi les établissements bancaires qui n'hésiteront pas à exiger des garanties complémentaires (caution mutuelle, etc.) lesquelles ont un coût. L'efficacité de la mesure sur l'initiative des entrepreneurs reste à prouver. V. notamment le commentaire critique de LIENHARD (A.) Loi pour l'initiative économique : quoi de neuf pour les sociétés ? D. 2003, chron., p. 1900 et s.- MASSART (T.) Une grande réforme à petit budget : la S.A.R.L. au capital à 1 euro. Bull. Joly 2002, p. 1361. – V. une proposition alternative : NURIT-PONTIER (L.) La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences. D. 2003, chron., p. 1612.

²³³ Les associés risquent de payer un capital social trop faible par l'engagement de leur responsabilité civile pour faute de gestion, et notamment en cas de procédures collectives, par un comblement de passif. V. encore : PADE (O.) Réflexions sur deux mesures du projet de loi « agir pour l'initiative économique ». J.C.P. 2003, act. 213, p. 701 et s.- Le paradoxe est entier alors que dans la même loi, il est tenté de protéger des risques financiers l'entrepreneur individuel.

²³⁴ V. dictionnaire du vocabulaire juridique, *op. cit.*, v° capital social, sens 1.

²³⁵ GORE (F.) La notion de capital social. In *Etudes offertes à René Rodière*. Dalloz, 1981.

450- La correspondance à la réalité financière est certes louable. Lorsque l'acquisition est financée en grande partie par un prêt et que l'apport effectué par les associés en numéraire est modique, fixer un capital faible correspondra à une réalité.

Mais la fixation d'un capital faible peut aussi s'inscrire dans une perspective de transmission. En effet, son coût est moins onéreux lorsque le capital est faible. Le financement constitue un passif déductible de l'actif social. Lorsque la transmission a lieu alors que le passif social n'a pas encore diminué, la seule valeur à prendre en compte est celle du capital social. Dans le cadre d'une transmission à titre gratuit, l'intérêt civil est évident : en cas de donation des parts, cela permet de minorer la valeur de la donation effectuée. Elle empiète moins non seulement sur la réserve, mais encore, s'il y a lieu, sur la quotité disponible de la succession. Cette dernière est préservée pour d'éventuelles autres gratifications.

Un capital faible a également un intérêt en cas de cession à titre onéreux de l'immeuble social. Le prix de vente revenant à la S.C.I. pourra être plus largement distribué aux associés au titre de réserves ou au titre du remboursement de leur compte courant²³⁷, évitant la lourdeur d'une dissolution de société et du partage. Si le capital social était trop élevé, la distribution du prix de vente serait limitée au montant du capital²³⁸.

L'élément déterminant d'un capital social faible est pourtant fiscal. Le principal risque fiscal est l'imposition de la plus-value²³⁹. La stratégie dépendra donc de l'objectif des associés. S'ils cèdent leurs parts peu de temps après la constitution de la société, le passif n'aura pas encore été remboursé. Le prix de cession des parts sera donc peu élevé. Etant encore imposable sur la plus-value, un capital faible sera un atout : l'assiette de la charge sera minorée²⁴⁰. Les parts doivent être détenues plus de vingt deux ans pour que la plus-value soit exonérée totalement quel que soit le montant initial du capital social.

451- La fixation d'un capital élevé est parfois préconisée. La difficulté pour les associés réside toutefois en la faculté de disposer des sommes nécessaires. Les modalités de libération

²³⁶ V. notamment : FELIX (C.) De l'importance du capital social dans certaines S.C.I. J.C.P. 1984, I, 13.- DELFOSSE (A.) S.C.I. : l'intérêt du capital social. L'informateur judiciaire 26 avril 1991, p. 1. – Adde : DEPONDY (A.) et CHEVALLIER (Y.) Les sociétés civiles de famille dans la gestion de patrimoine. Maxima, 1996, p. 31 et s.

²³⁷ Il faut noter que ces distributions sont de surcroît non taxables lorsque la S.C.I. n'est pas imposée à l'I.S.

²³⁸ V. encore sur l'utilisation des comptes courants et la non sur-capitalisation des sociétés : BAFFOY (G.) et LE NENAN (R.) Aménagements financiers des droits des associés. J.C.P. éd. E. 2003, prat. 145, p. 162 et s.

²³⁹ V. *infra* n° 836.

²⁴⁰ En effet, la plus-value est constituée par différence entre le prix de vente des parts (valeur de l'actif net social, le plus souvent) et leur prix d'achat (la valeur nominale).

du capital offrent des aménagements²⁴¹. Mais le danger d'une cession alors que le capital n'est pas encore totalement libéré consiste en une base taxable plus importante que le prix de cession. Le prestige que procure un capital élevé auprès des tiers, notamment les établissements de crédit, ne peut non plus être ignoré. Enfin, déterminer un capital élevé évite le jeu des comptes courants et la mise en difficulté de la société pour le cas où l'un des associés demanderait le remboursement anticipé de son compte.

452- Enfin, un capital variable est parfois envisagé. La clause de variation du capital²⁴² est intéressante lorsque la composition des membres de la société varie fréquemment, offrant une grande flexibilité. Le nouvel associé entrant fait augmenter le capital social sans recourir à la procédure lourde de l'augmentation de capital. Ce cas de figure intéresse par exemple une société d'investisseurs ou encore une S.C.I. de résidence de loisirs.

453- La détermination du capital suscite donc de nombreuses difficultés. Il faut tenir compte des objectifs de la société et des associés, et surtout intégrer la transmission éventuelle des parts ou de l'actif social lui-même, puisqu'elle conduit à un choix, parfois dicté par des considérations fiscales²⁴³.

Ces stratégies illustrent particulièrement bien la confusion qu'il convient d'éviter entre capital et patrimoine sociaux. La dissociation des valeurs d'apport et du capital social complique les choix de constitution de la société, mais permet d'obtenir des effets leviers au moment de la transmission. Le problème de l'évaluation des parts sociales ou actions survient ensuite.

B – Au stade de la transmission des valeurs sociétaires

454- Evaluer les valeurs sociétaires est nécessaire tant pour la cession à titre onéreux que pour la cession à titre gratuit²⁴⁴. Elle est particulièrement délicate s'agissant des

²⁴¹ V. GIRAY (M.) *Guide pratique des sociétés civiles immobilières*. Litec, 1997, n° 278.- V. également : GARÇON (J.-P.) *La libération différée du capital social des S.C.I. de gestion*. J.C.P., éd. N, 1993, doct., p. 431.

²⁴² Admise dans les S.C.I. par la loi du 24 juillet 1867. Étendue à toute société civile depuis la loi MURCEF ; CONSTANTIN (A.) *Commentaire des dispositions de la loi MURCEF relatives au droit des sociétés et des marchés financiers*. Rev. sociétés 2002, p. 197, n° 9 et s.

²⁴³ La fiscalité vient ainsi heurter le mode de structuration du patrimoine car elle est susceptible d'affecter la valeur représentative du patrimoine.

²⁴⁴ Sur l'ensemble de la question, v. LAMBERT (Th.) *Le prix de cession des actions et parts sociales*. Thèse, Nancy, 1991.

transmissions à titre gratuit²⁴⁵, dans la mesure où la valorisation ne sert d'assiette que pour des calculs futurs lors d'une liquidation de succession²⁴⁶ ou pour l'imposition²⁴⁷. Elle ne résulte pas de la fixation d'un prix²⁴⁸. Or la précision et la multitude des valeurs à prendre en compte pour opérer une liquidation sont telles que l'évaluation pose nécessairement problème²⁴.

La diversité des sociétés et l'ampleur de la tâche sont telles que seules la compétence et l'indépendance d'un professionnel constituent une garantie²⁵⁰. L'article 1843-4 du Code civil pose le principe de la nomination d'un expert en cas de cession²⁵¹. Cette évaluation d'expert s'impose aux parties et au juge sauf erreur grossière²⁵².

L'expertise se fonde sur des critères communs. Pour les sociétés cotées, la cote semble être une indication suffisante de la valeur. Pour les autres sociétés, on pourrait songer à se

²⁴⁵ En ce sens, la difficulté d'évaluation des parts de société de personnes s'est faite jour à ce propos. Le bilan de la société servait de repère. Mais ce bilan pouvait être trompeur si la société ne réévaluait pas son actif en temps de dépréciation monétaire. V. RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Op. cit.*, n° 1083.

²⁴⁶ Par exemple, la valeur servira de repère pour les calculs d'indemnité de rapport ou d'indemnité de réduction des donations.

²⁴⁷ Au premier rang des impositions se situent les droits de mutation, mais il faut également penser à l'impôt sur la plus-value.

²⁴⁸ La valeur de la cession à titre gratuit ne subit pas l'examen imparable que subit le prix de vente : l'estimation de l'acquéreur. Le contrôle de l'appréciation juste de la valeur n'est pas assuré. Le seul dire de l'expert doit suffire, or il importe d'offrir une valeur la plus proche possible de la réalité.- V. pour un exemple de ce contentieux : PARIS, 22 mars 2002. Bull. Joly 2002, § 185, p. 820, note CONSTANTIN (A.)

²⁴⁹ Pour ne donner qu'un exemple, il convient dans une liquidation d'évaluer les biens donnés à deux dates : au jour de l'ouverture de la succession (qui est le plus souvent la date du décès) pour estimer la masse de calcul de la quotité disponible et à l'époque du partage pour la masse à partager pouvant comprendre des rapports ou des indemnités de réductions. La constante est que l'on doit tenir compte de la valeur du bien donné d'après son état au moment de la donation. On note immédiatement que lorsque le bien donné est une ou plusieurs parts sociales, la question peut se poser de savoir s'il faut tenir compte de l'état des biens détenus par la société, personne morale ou s'en tenir uniquement aux titres sociaux. V. sur ce point CATALA (P.) L'état d'un bien donné exploité sous forme sociale. In *Etudes offertes à René Rodière*. Dalloz, 1981, p. 55, et notamment le cas concret décrit p. 64, n° 14. L'auteur préconise pour l'application de l'esprit des textes, de mettre entre parenthèses la personnalité morale pour se référer au bien transmis sous l'enveloppe de la société. V. encore BONDUELLE (P.) L'état de l'entreprise donnée. J.C.P. éd. N. 1992, doct., p. 22 et s. et p. 33 et s.- V. encore plus illustrer le problème de la date d'évaluation, le cas du retrait d'un associé d'une S.C.I : Cass. civ. 1^{ère}, 11 février 2003. Rev. sociétés 2003, p. 142, note CHARTIER (Y.)

²⁵⁰ V. réponse ministérielle citée par CHARTIER (Y.) Art. préc. « Le législateur a laissé le soin de fixer les méthodes d'évaluation aux professionnels dont il a cherché à renforcer la compétence et l'indépendance. Selon les termes mêmes de la loi, ceux-ci effectuent les opérations dont ils sont chargés sous leur responsabilité. Ces opérations sont complexes, et il paraît difficile de fixer dans la loi des règles trop rigides et des méthodes uniformes d'évaluation qui seraient dans certains cas, difficiles à appliquer ou qui pourraient aller à l'encontre du but de protection recherché ».- *Adde* : RICHARD (J.) et VIANDIER (A.) La mission de l'expert désigné en application des art. 1843-4 et 1862 du Code civil. Droit des sociétés novembre 1981, n° 11, p. 2 et s.

²⁵¹ Sous l'impulsion de la loi du 24 juillet 1966, qui a modifié l'art. 1868 C. civ. pour organiser une procédure d'évaluation des droits sociaux de l'associé décédé par expert, la loi du 4 janvier 1978 a transposé la même procédure à l'art. 1843-4 C. civ.- Plusieurs dispositions concernant les sociétés commerciales font référence à des hypothèses de fixation de valeur par voie d'expert. On citera par exemple, l'intervention obligatoire de l'expert dans les cas où la loi prévoit la cession ou le rachat des droits sociaux. V. art. L. 221-15, L. 223-14, L. 227-18 ou L. 228-24 C. com.- V. pour une illustration jurisprudentielle s'agissant de l'évaluation des parts d'une S.C.P. : PARIS, 13 septembre 1995. J.C.P. éd. N. 1996, p. 151, note PAIRE (G.)- PAULZE d'IVOY (B.) Expertises et prix de cession de droits sociaux. Bu'l. Joly 1995, p. 313.

²⁵² DAIGRE (J.-J.) Le juge et l'arbitre face aux dispositions de l'art. 1843-4 du Code civil. Bull. Joly 1996, 789.- *Adde* : Cass. Com., 19 décembre 2000. Dr et patrimoine avril 2001, p. 110, obs. PORACCHIA (D.)

contenter d'une référence à la valeur nominale des parts représentative du capital social. Ce serait méconnaître l'évaluation vénale de ces titres et la pluralité de critères entrant en ligne de compte. D'autres paramètres doivent en effet intégrer la sphère de la valeur marchande. Ces paramètres sont d'ailleurs communs aux sociétés cotées et non cotées. Une multitude de critères sert donc à l'évaluation²⁵³.

Si l'on considère les droits sociaux comme des droits de créance, la difficulté est immédiatement palpable : ils ne valent que par la confiance que l'on accorde à leur créateur²⁵⁴, puisqu'ils représentent des droits personnels. A l'inverse, si l'on rejette la subjectivité du titre et la qualification de droit de créance, l'objectivité du titre devrait faciliter l'évaluation.

Pour s'approcher au plus près de la valeur réelle des parts et actions, il convient d'observer tour à tour les paramètres d'évaluation internes (1) puis externes (2) à la société.

1 - Les éléments internes de l'évaluation

455- Les éléments internes sont les facteurs propres à chaque société. Plusieurs données sont ici susceptibles de conférer une valeur à la part ou l'action²⁵⁵.

Le *capital social* ne mène pas à une évaluation correcte. Il correspond, certes, à une certaine réalité au moment de la constitution de la société. Toutefois, la vie de la société provoque nécessairement une évolution de son actif²⁵⁶. Dès lors, le capital n'est que la photographie d'une situation périmée. Il ne donne pas aux valeurs sociétaires une valeur plausible.

456- La *valeur du patrimoine social* ne suffit pas plus à déterminer celle des parts.

Certes, l'estimation des immeubles détenus par une S.C.I., par exemple, influence l'évaluation des parts²⁵⁷. Elle découle généralement de la moyenne entre la valeur de

²⁵³ V. en ce sens : Cass. com., 1^{er} avril 1997. Bull. Joly 1997, p. 650, note BARBIERI (J.F.) ; R.T.D. Com. 1997, p. 647, obs. PETIT (B.) et REINHARD (Y.) La Cour de cassation considère que la valeur de l'action dépend d'autres paramètres que le seul patrimoine social. Elle note que l'actionnaire n'est pas un spéculateur. Il s'inscrit dans la durée, il est investisseur à long terme.

²⁵⁴ GOUTAY (P.) La notion de valeur mobilière. D. 1999, p. 228.- *Le transfert de propriété des titres cotés*. Thèse Paris IX, 1997.

²⁵⁵ V. concernant les S.C.I. : CHARTIER (Y.) L'évaluation des parts de sociétés civiles immobilières. Rev. sociétés 1993, p. 1, et particulièrement p. 7 et s. La solution peut être étendue à toutes les sociétés.- V. encore pour l'illustration pratique de ces difficultés : GARCON (J.-P.) Le divorce patrimonial des associés d'une S.C.I. de gestion et le maintien d'un associé dans l'immeuble social. J.C.P. éd. N. 2000, p. 1159.

²⁵⁶ L'évolution peut être tant à la hausse qu'à la baisse.

²⁵⁷ Il est certain que la nature des biens détenus par la société influence l'évaluation des parts.

capitalisation, la valeur de marché et la valeur du prix au m² pondéré²⁵⁸. Ce résultat s'approche au plus près de la valeur de l'immeuble, mais toutefois pas de celle des parts. Il faut considérer le rendement des parts. Ce dernier intègre différents paramètres : le rendement de l'immeuble²⁵⁹ et la qualité de gestion de la S.C.I. Une analyse similaire peut être menée quelle que soit la nature du patrimoine social : un fonds de commerce, un fonds artisanal ou libéral²⁶⁰. Il est tenu compte de l'actif social dans son état et dans sa potentialité²⁶¹. De surcroît, le passif doit être intégré au raisonnement. C'est le bilan de la société qui doit être mis à jour²⁶². Il implique nécessairement une décote de l'évaluation des parts. Une valeur intrinsèque peut ainsi être dégagée mais elle n'est pas totalement satisfaisante²⁶³.

457- La rémunération des parts peut compléter l'évaluation²⁶⁴. Son origine doit néanmoins être identifiée. Généralement, sa détermination se fait à partir des bénéfices réalisés. Toutefois, la rémunération des parts d'une S.A.R.L. exerçant les fonctions de gérant commandité, par exemple, ne contient pas que des dividendes simples. Elle est augmentée de la rémunération de la gérance et de la responsabilité illimitée prise par le commandité.

458- La nature de la société adoptée est un paramètre sensible. La structure sociétaire modifie la valorisation du patrimoine. Elle est un mode de fonctionnement distinct d'une exploitation directe : le mode de gestion est modifié. La forme de la société et l'examen des statuts sont autant d'indices de la souplesse ou au contraire de l'inflexibilité de la gestion. La plupart du temps, la société constitue une valorisation pour les éléments patrimoniaux²⁶⁵, car

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ Ce dernier intègre non seulement le loyer qu'est susceptible de rapporter l'immeuble à la S.C.I., mais encore les perspectives de plus-values, c'est-à-dire la valeur qu'est susceptible de prendre l'immeuble sur le marché. En ce sens, T.G.I. Orléans 23 mars 1982. Gaz. Pal 1985, I, 371 - REIMS, 26 avril 1984. Gaz. Pal 1985, I, 370.

²⁶⁰ Un actif tel que l'entreprise, par exemple. V. OUZIEL (J.) Art. préc. - Les difficultés d'évaluation d'une entreprise sont réelles. Plusieurs méthodes existent. La méthode fiscale consiste à dégager le bénéfice ou le chiffre d'affaire réalisé et à lui appliquer un coefficient fonction de la profession sur la base de transactions similaires. La méthode patrimoniale prend l'actif net corrigé, c'est-à-dire la valeur vénale des biens diminuée des dettes de l'entreprise. Les méthodes de rentabilité consistent soit à calculer la valeur à partir des propres exigences de rentabilité de l'acquéreur, soit en fonction du *cash-flow* ou du bénéfice, etc. Généralement il est pris en compte plusieurs méthodes d'évaluation dont il est fait une moyenne pondérée en fonction des objectifs poursuivis. On intègre aujourd'hui des paramètres plus abstraits tels que l'aptitude à innover, l'esprit de travail des collaborateurs, la qualité de l'organisation... C'est dire si la société comme technique d'organisation peut apporter une plus-value à l'entreprise.

²⁶¹ Il est à la fois support et créateur de richesse.

²⁶² V. sur ce point : BRAULT (J.-C.) La cession de toutes les parts d'une S.C.I., art. préc., n° 6.

²⁶³ Sur l'insuffisance de l'évaluation des droits sociaux par référence à l'actif social net, v. PARIS, 23 novembre 2001. Dr. sociétés juillet 2002, comm. 130, p. 11.

²⁶⁴ On parle parfois également de la valeur de rendement.

²⁶⁵ V. toutefois l'avis contraire de M. CHARTIER, art. préc. « une part est par nature affectée d'une décote » à l'instar d'une indivision.

elle organise, et donc poursuit, un but d'amélioration d'une situation donnée. Toutefois, l'évaluation peut davantage tenir compte du fractionnement opéré qui entraîne généralement une décote²⁶⁶. La dépréciation tient à la difficulté de mobilisation de certaines parts et à l'absence de pouvoir exercé. Cette tendance n'est enrayée que par la négociabilité de la valeur sociétaire ou la cession d'une fraction correspondant à un contrôle effectif sur le patrimoine social. De la même manière, Les clauses d'agrément²⁶⁷ compliquent la cession, ce qui diminue la valeur des parts²⁶⁸. Ainsi, la nature de ces parts et de la société influent sur l'évaluation.

459- Les *considérations d'ordre managériale* se situent à la frontière des paramètres internes et externes à la société. Concernant les sociétés cotées, il est notoire qu'elles influent directement sur la cotation en bourse. Ainsi, l'annonce d'un changement de dirigeant, ou encore d'une restructuration de la masse salariale, influent quotidiennement sur les cours des actions des sociétés concernées.

460- Les éléments internes de la société renseignent utilement en vue de l'évaluation des valeurs sociétaires. Il est toutefois nécessaire d'intégrer au raisonnement une donnée concrète : l'usage projeté des parts ou actions. Ce paramètre externe constitue avec d'autres un élément essentiel de l'évaluation.

2 - Les éléments externes de l'évaluation

461- La seule valeur mathématique n'est pas satisfaisante. Il convient de se rapprocher de ce que le jeu de l'offre et la demande aurait produit²⁶⁹. La valeur vénale est la véritable expression patrimoniale de la valeur sociétaire²⁷⁰.

Pour les actions des sociétés cotées, la valeur boursière donne une bonne idée de la valeur vénale²⁷¹. L'absence de véritable marché pour les autres parts est une difficulté à l'évaluation. S'agissant de parts de société civile immobilière, il est possible de se référer au

²⁶⁶ Parce que précisément elles n'ont pas de cote...

²⁶⁷ Ce qui est d'ailleurs le principe dans les sociétés civiles (art. 1861 C. civ.), sauf dispositions contraires.

²⁶⁸ Les critères peuvent être l'autonomie, l'indépendance conférée par les parts à l'acquéreur.

²⁶⁹ V. à propos d'une évaluation de parts pour l'impôt de solidarité nationale. Cass. com., 28 juillet 1952. J.C.P. 1952, II 7315.

²⁷⁰ COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.) *Op. Cit.*, n° 915, à propos des actions.

²⁷¹ Bien que la valeur subisse parfois les conséquences d'un excès d'angoisse ou d'optimisme des marchés.

prix d'une cession de parts intervenue récemment, mais il n'existe aucune référence analogue à celles que l'on peut trouver sur le marché immobilier par exemple²⁷².

462- L'examen de l'utilité réciproque de l'opération de cession doit être envisagé. Il s'agit alors de paramètres subjectifs. L'altérité de la notion d'utilité complique l'évaluation car elle nécessite la prise en compte de critères non fiables et *a fortiori* plus ou moins mesurables.

L'utilité objective se distingue de l'utilité subjective. Certaines données relèvent davantage du sentiment et ne seront jamais du domaine du chiffrable. Tel est le cas par exemple de la fierté à détenir certains titres, l'affection portée à un bien actif de la société, etc. Parmi ces données impalpables, il faut citer « le ticket d'entrée sur un marché boursier ». En effet, le contrôle d'une société permet l'entrée sur un marché dans une perspective de croissance externe.

463- Les paramètres objectifs de l'utilité constituent des éléments importants de l'évaluation. La proportion des valeurs sociétaires cédées au regard du capital social l'influence, car le contrôle susceptible d'en découler se monnaie. C'est la prime au contrôle de la société²⁷³, la patrimonialisation du contrôle²⁷⁴. Ce n'est pas tant les parts ou actions qui sont évaluées que le pouvoir qu'elles confèrent. Elles représentent, en effet, non seulement un actif fructifère, mais aussi la maîtrise d'un projet d'évolution²⁷⁵. Or il est difficile de chiffrer la valeur d'un pouvoir²⁷⁶. L'évaluation résulte souvent d'une considération globale et transactionnelle « échappant à toute détermination objective »²⁷⁷. Il est d'ailleurs possible de s'interroger sur la légitimité d'une telle prime qui lèse les actionnaires minoritaires dans leur patrimoine²⁷⁸. Des efforts sont faits en vue d'offrir cette même opportunité aux minoritaires par les offres publiques d'achats complémentaires.

²⁷² Il faut également prendre garde à ne pas se référer à un « prix de convenance ou partiellement occulte ». V. CHARTIER (Y.) Art. préc.

²⁷³ HONORAT (J.) La prime de contrôle ou quand deux et deux ne font plus quatre. In *Propos impertinents de droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, 2001, p. 147 et s.

²⁷⁴ NUSSENBAUM (M.) Prime de contrôle, dévotion de minorité et d'illiquidité. R.J. com., novembre 1998, n° spécial, p. 15.

²⁷⁵ Les exports s'appuient sur la valeur de rendement reposant sur le bénéfice moyen de l'entreprise. Le bénéfice moyen est multiplié par un taux P.E.R. (*Price earning ratio*).

²⁷⁶ Pour un exemple lié aux sociétés en commandite par actions et au pouvoir verrouillé qu'elles permettent, v. BETREL (J.-P.) La commandite, technique d'ingénierie juridique. Art. préc., p. 29 et 30.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ BERR (C.J.) Art. préc., p. 10.

464- En résumé, plusieurs valeurs se déclinent : la valeur mathématique qui s'analyse au regard du patrimoine de la société, la valeur du pouvoir, la valeur vénale, etc. La difficulté d'évaluation des valeurs sociétaires est celle de toute fixation de prix. Une même situation peut donner des résultats extrêmes. Ainsi, les parts d'une société en grande difficulté financière peuvent même être cédées à l'euro symbolique²⁷⁹, tandis qu'il a été admis, s'agissant de cessions de contrôle, que le prix dépende de résultats futurs de la société²⁸⁰.

465- Une des évolutions de notre droit est l'importance prise par des « valeurs » comparativement à la propriété, pleine et absolue²⁸¹. A la différence de la propriété, elles procurent un profit alors qu'elles ne représentent pas les pleins pouvoirs. Le profit n'est d'ailleurs pas qu'une notion objective et quantifiable. C'est également une notion subjective et relative à l'instar de la notion d'utilité. En droit des sociétés, l'acception objective résonne davantage, car l'objet de ce droit est économique²⁸². La valeur des parts et actions permet d'apprécier l'apport patrimonial de la technique sociétaire. Elles mesurent la valorisation du patrimoine.

²⁷⁹ FREYRIA (C.) Le prix de vente symbolique. D. 1997, chron., p. 51.

²⁸⁰ On parle de convention de *earn out*.

²⁸¹ Dans une acception très large, il est possible d'intégrer dans cette notion de valeur des démembrements de la propriété comme l'usufruit, le droit d'usage et d'habitation, mais également le quasi-usufruit, les droits de copropriété, etc.

²⁸² Une société est constituée pour dégager un bénéfice ou une économie.

Conclusion de chapitre

466- La technique sociétaire facilite la transmission du patrimoine. Les avantages procurés tiennent à la valeur sociétaire qui remplace dans le patrimoine le bien apporté. Cette valeur sociétaire est mobile. Elle procure un pouvoir qui se détache du capital. Elle fractionne la composition du patrimoine. Grâce à cette flexibilité, cédants et cessionnaires peuvent ainsi faire valoir leurs objectifs et obtenir des réponses favorables. Il est ainsi possible de maîtriser ou anticiper la transmission à titre gratuit. La société est également l'organisation idéale en vue d'une cession au profit d'investisseurs comme d'entrepreneurs.

467- Les difficultés suscitées par cette technique sont relatives comparativement à ses effets leviers en matière de transmission. L'associé ne doit pas faire un usage frauduleux de la société et il doit se conformer aux réglementations propres aux cessions de parts sociales ou actions. Il s'agit en fait de respecter les règles sociales. Les problèmes d'évaluation sont plus aigus. Le chiffrage des apports et du capital social, qui préoccupe dès la constitution, doit être soigné car il a des conséquences lors de la transmission. L'évaluation des valeurs sociétaires est elle-même délicate car sa précision est capitale en matière de transmission. En effet, la mutation est l'occasion non seulement de transférer le pouvoir, mais aussi de concrétiser un enrichissement²⁸³ qui doit être correctement apprécié.

²⁸³ Par le biais de la plus-value de cession.

Conclusion du titre

468- La technique sociétaire opère une affectation qui satisfait l'individualisation du patrimoine puis l'organisation de son administration. Les valeurs sociétaires conduisent à une détention et une transmission différentes des éléments patrimoniaux. Elles permettent une gestion politique du patrimoine.

469- La détention d'une valeur sociétaire procure un pouvoir sur le patrimoine qui diffère de la propriété directe²⁸⁴. Il bouscule les principes de droit civil en remettant en cause la suprématie du droit de propriété, individuel et absolu. La valeur sociétaire peut être démembrée du pouvoir se réduisant alors à du capital. Elle présente de grandes qualités d'adaptation. Les actionnaires des sociétés cotées ont redécouvert le pouvoir de leurs actions²⁸⁵. Ils avaient autrefois tendance à ne pas s'impliquer dans la vie sociale et à « voter avec leurs pieds »²⁸⁶. Le droit de vote est redevenu un outil influent. Le comportement actuel des actionnaires institutionnels est assez révélateur de cette prise de conscience du pouvoir détenu. Il nourrit, depuis plusieurs années, le débat sur le gouvernement d'entreprise. Il serait dangereux toutefois de calquer le fonctionnement des sociétés sur le fonctionnement d'un Etat. Leurs finalités diffèrent profondément²⁸⁷, et seuls les engagements des associés sont rétractables²⁸⁸.

470- La technique sociétaire facilite aussi la transmission du patrimoine. Les valeurs sociétaires fragmentent le patrimoine et le rendent mobile et flexible. Toutes les combinaisons sont possibles en vue d'une transmission à titre gratuit ou à titre onéreux. Les difficultés soulevées paraissent classiques. Qu'il s'agisse de prévenir la fraude ou de respecter les réglementations relatives aux cessions, elles sont la juste contrepartie des avantages conférés

²⁸⁴ Il est plus adaptable et il peut être accentué par des effets leviers.

²⁸⁵ Comp. LAMBERT-FAIVRE (Y.) *L'entreprise et ses formes juridiques*. R.T.D. com. 1968, p. 907 et s., spécialement p. 949. A cette époque, le pouvoir des actionnaires était qualifié d'illusoire !

²⁸⁶ C'est-à-dire quitter la société en cédant ses titres.

²⁸⁷ La finalité d'une société est de dégager des bénéfices ou de faire des économies, c'est une finalité patrimoniale. L'organisation des pouvoirs dans l'Etat (le gouvernement) a pour objectif la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme (art. 2 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789). Le but d'une constitution est la protection des droits de l'homme, c'est la seule finalité légitime du pouvoir. C'est elle qui détermine l'organisation du gouvernement. Dans l'Etat, c'est la séparation des pouvoirs qui garantit cette protection, elle permet la mise en place d'un contrôle indépendant.

²⁸⁸ Ils peuvent se retirer, vendre ou donner leurs parts et ils n'ont pas à supporter toutes les contraintes de ceux qui détiennent le pouvoir dans un Etat de droit. La démission est possible.

par la technique sociétaire. Il ne faut pas négliger cependant le problème posé par l'évaluation. La substitution d'un pouvoir à un droit de propriété sur le patrimoine a pour effet de modifier la consistance du patrimoine. Il n'en est pas pour autant diminué. Ce qui intègre le patrimoine est une valeur au double sens du terme.

471- Cette convergence sémantique vers le mot « valeur » souligne une certaine unité des outils sociétaires. La société est une seule et même technique. Seul le domaine des sociétés par actions connaissait cet emploi avec les « valeurs mobilières ». Les autres sociétés devraient pouvoir intégrer ce substantif à leur vocabulaire. En effet, lors de tout apport à une société, c'est bien une valeur qui intègre en contrepartie le patrimoine. Le terme ne renvoie pas qu'à une perception financière. Une valeur s'apprécie par rapport à l'utilité qu'elle procure. Or l'utilité est aussi le pouvoir d'agir. Parler de valeurs sociétaires donne une meilleure perception de l'importance des parts sociales et actions quant au patrimoine. Elles sont à la fois des valeurs politiques et économiques²⁸⁹.

²⁸⁹ Concernant les valeurs mobilières, cette même double approche des avantages qu'elles confèrent existe. Il est courant, en effet, d'attirer l'attention sur l'écartèlement de la notion de valeur mobilière qui se trouve entre deux pôles : une approche organique (on se place face à l'émetteur) et une approche fonctionnelle (on se place face aux marchés financiers donc aux négociateurs). La loi du 24 juillet 1966 optait pour la première approche. Appliquée à l'action, elle en fait un mode d'acquisition de pouvoir dans la société. Le critère organique représente donc davantage la dimension juridique de la valeur mobilière. Il faut toutefois noter que l'évolution législative insiste aujourd'hui sur le second pôle, car l'impact de l'économie sur le droit est moins nié. La doctrine elle-même ne nie plus la dimension économique de la valeur mobilière qui vient de son caractère négociable. N'est-ce pas la mission du droit que d'encadrer également l'activité économique, que de lui fournir des instruments adaptés ?- V. en ce sens : GOUTAY (Ph.) La notion de valeur mobilière. D. 1999, p. 226.

Conclusion de la première partie

472- La société est surtout connue comme une technique de séparation du patrimoine. Sa personnalité morale permet d'isoler le patrimoine et cela a un effet protecteur. La société dessine le contour des différents patrimoines affectés.

En outre, la société modifie l'état interne du patrimoine organisé. Les valeurs sociétaires remplacent les biens apportés. Elles octroient un nouveau pouvoir, qui se transmet plus facilement.

473- Cette qualité n'est plus ignorée. La redécouverte du pouvoir est principalement le fait des actionnaires. Mais il est permis de douter de leurs motivations réelles. Ils ne s'intéressent pas qu'à la bonne administration de la société, au gouvernement d'entreprise... En réalité, l'exercice de ce pouvoir est motivé par *l'enrichissement du patrimoine*²⁹⁰. Il s'agit d'inciter les sociétés à procurer toujours plus de valeurs aux titres sociaux. La gestion politique a un impact sur la gestion économique²⁹¹. C'est le capitalisme patrimonial.

474- La technique sociétaire est bien plus qu'une simple technique de séparation de patrimoine ou de détention du patrimoine. La nouvelle organisation transforme le patrimoine en le dotant de qualités dynamiques qui aident à son développement optimal. En le structurant, la société participe à la valorisation du patrimoine.

²⁹⁰ Les scandales politico-financiers nord-américains de la dernière décennie ont sorti de leur torpeur les actionnaires meurtris dans leur patrimoine. VAUPLANE (V.H. de). *Class actions : premiers pas en Europe ?* Bull. Joly. Numéro spécial avril 1994, p. 35. Ainsi, les actionnaires minoritaires se sont organisés autour de cabinets spécialisés, comme Déminor ou Proinvest, ou d'associations (Appac ou Adam). V. sur ce point : CHOL (E.) et NOUZILLE (V.) *La grande colère des petits porteurs*. *L'express*, 8 mai 2003, p. 108.

²⁹¹ Cela se constate tous les jours au niveau de la bourse. Ainsi la valse de P.D.G. de France Télécom a une incidence sur la cotation de la valeur en bourse. V. article *Le Monde*, La valse des P.D.G. donne le hoquet à la bourse.-V. encore : AUGUSTIN-NORMAND (G.) *Les principes de la gestion « value » ou comment battre un indice*. *Dr et patrimoine*, septembre 2002, p. 86.

SECONDE PARTIE

La société, technique de valorisation du patrimoine

475- L'action d'organiser suppose la poursuite d'un objectif. L'organisation par la technique sociétaire structure le patrimoine. Le but poursuivi est l'amélioration de l'état du patrimoine. La société lui est effectivement bénéfique, car non contente de le structurer, elle le valorise. La finalité de l'organisation en la matière est, au-delà de la gestion politique, la gestion économique du patrimoine.

476- La notion de valeur renvoie au résultat d'une appréciation que l'on porte sur une œuvre, une technique, une activité, etc¹. Elle fait aussi référence au caractère mesurable, s'agissant par exemple d'un objet susceptible d'être échangé, désiré². Elle fait allusion enfin à la qualité d'un bien ou d'un service fondée sur son utilité, sur le rapport de l'offre et de la demande ou sur la quantité de facteurs nécessaires à sa production³. La valeur du patrimoine est l'appréciation mesurable de son utilité⁴.

Valoriser un patrimoine s'entend donc d'un point de vue pécuniaire et extra-pécuniaire. L'amélioration pécuniaire est toutefois plus explicite, car la valeur apportée au patrimoine se traduit alors par une somme d'argent. Valoriser le patrimoine, c'est donc en accroître l'estimation monétaire⁵.

¹ Le Petit Robert, v^o valeur, sens III : « 1- caractère de ce qui répond aux normes idéales de son type, qui a de la qualité (...) 2- qualité estimée par un jugement (...) 3- qualité de ce qui produit l'effet souhaité (...) 4- caractère de ce qui satisfait à une certaine fin. ».

² *Ibid.* sens II, 1.

³ *Ibid.* sens II, 2.

⁴ En comptabilité nationale, le concept de patrimoine se définit comme l'état des avoirs et des dettes d'une unité à un instant donné. Toutefois, la définition est incomplète car il est considéré que tout actif constitue une « valeur marchande accumulée », c'est-à-dire faisant ou pouvant faire l'objet d'une transaction. La sphère marchande permet de mesurer la valeur et donc de déterminer le patrimoine. V. INSEE. *Le patrimoine national : sources et méthodes d'évaluations*. 1994, p. 9.

⁵ C'est la définition donnée par CORNU (G.) *Vocabulaire juridique*. *Op. cit.*

Cette définition dominante de la valorisation est toutefois réductrice, car constituer ou renforcer un droit sur un bien du patrimoine⁶ est également le valoriser⁷. Une perte est évitée. De même, une économie l'enrichit. La technique sociétaire préserve ainsi parfois le patrimoine de prélèvements fiscaux trop lourds⁸. Cet avantage n'est pas mesurable directement, mais il s'agit d'un gain fiscal qui valorise le patrimoine à la hauteur de ce gain.

477- La technique sociétaire fait croître le patrimoine en créant des valeurs nouvelles qui le fortifient. Elle garantit sa consistance en maîtrisant les contributions fiscales auxquelles il est assujéti. La société constitue, en premier lieu, une technique de croissance du patrimoine (titre 1), et, en second lieu, une technique d'optimisation fiscale du patrimoine (titre 2).

⁶ MOUSSERON (J.-M.) Valeurs, biens et droits. In *Mélanges en l'honneur de André Breton et Fernand Derrida*. Dalloz, 1991, p. 283.

⁷ Les répercussions pécuniaires sur le patrimoine sont très indirectes, mais l'avantage procuré pour le patrimoine, est indéniable. Son usage en est amélioré.

⁸ La nouvelle structure du patrimoine le soumet alors à un régime fiscal plus favorable et donc contribue à le protéger d'un empiétement des impôts

TITRE 1

L'accroissement du patrimoine

478- Les valeurs sociétaires participent à la structuration du patrimoine⁹. Elles tiennent aussi une place primordiale en matière de gestion économique. Elles sont désormais les principaux instruments¹⁰ de notre économie dominée par la loi des marchés financiers¹¹. La notion d'entreprise est totalement défailante sur ce terrain. Elle se réfère à une économie aujourd'hui dépassée qui prenait davantage en compte l'intervention de l'Etat. Lorsque le patrimoine prend la structure juridique de la société, il en retire le bénéfice de pouvoir se lier plus étroitement aux centres nerveux de l'économie que sont les marchés. Même si toutes les valeurs sociétaires n'accèdent pas à cette possibilité, leur mobilité est le point de départ de l'avantage économique qu'elles procurent.

479- En effet, les valeurs sociétaires traduisent la valeur économique des choses et des actes. La technique sociétaire est donc précieuse puisqu'elle permet, *ex nihilo*, de constituer du patrimoine. *A fortiori*, la technique sociétaire est apte à développer le patrimoine existant. Les marchés financiers jouent à cet égard un rôle prépondérant. La technique sociétaire permet, d'une part, de se constituer du patrimoine (chapitre 1) et, d'autre part, de le faire fructifier (chapitre 2).

⁹ Sur leur aptitude pour la gestion du pouvoir, v. *supra* n° 251 et s.

¹⁰ FRISON-ROCHE (M.-A.) Droit économique, concentration capitaliste et marché. In *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*. Ed. Frison-Roche, 1999, p. 391 et s.

¹¹ Sur l'importance croissante de l'économie financière face à l'économie industrielle et ses multiples influences sur le droit des sociétés, v. par exemple, s'agissant du gouvernement des sociétés : SCHOLASTIQUE (E.). *Op. cit.*, n° 21.- Le Pr. Le Cannu, quant à lui, souligne le développement du droit financier des personnes morales (*Droit des sociétés. Op. cit.*, n° 46).- V. encore l'évolution du taux d'épargne financière des ménages : 4,3 % en 1990 et 7,1 % en 2001 (www.alternatives-economiques.fr/indicateurs).

CHAPITRE 1

La constitution du patrimoine *ex nihilo*

480- L'expression « constitution de patrimoine » peut *de prime* abord choquer. Si l'on s'en tient à la définition posée par Aubry et Rau du patrimoine, ce dernier n'a pas besoin d'être constitué. Il existe dès qu'une personne vit. Il peut même être négatif¹². L'expression se rapproche donc de la définition « comptable » du patrimoine du Professeur Seriaux¹³. En réalité, il est toujours fait référence à la représentation pécuniaire de la personne. Mais une dimension économique est intégrée en considérant que se constituer du patrimoine, c'est acquérir un patrimoine positif¹⁴. Il n'y a pas d'évolution dans la définition du patrimoine, mais prise en compte de la connotation créatrice et donc positive du mot « constitution »¹⁵.

481- Le patrimoine ne peut comprendre que des valeurs économiques, c'est à dire des composants pouvant être convertis en argent et être vendus ou donnés : détachés de la personne de leur propriétaire¹⁶. Les droits et obligations d'une même personne y sont intégrés. Font partie du patrimoine toutes choses qui constituent un capital, mais également les fruits et revenus qui en découlent. Il importe toutefois de s'interroger sur la place de la *force de travail* au sein du patrimoine, puisqu'elle constitue, pour la grande majorité des Français, leur seule source d'alimentation du patrimoine. Il semblerait que la technique sociétaire puisse opérer la transformation du capital-travail (compétence, formation, expérience) en capital-avoir. La société confère à la force de travail une patrimonialité (paragraphe préliminaire).

L'affirmation démontrée, il convient de l'illustrer. La constitution du patrimoine peut, d'abord, se faire grâce à des valeurs sociétaires non négociables (section 1). Elle devient toutefois beaucoup plus efficace quand, ensuite, elle prend pour support des valeurs sociétaires négociables (section 2).

¹² V. *infra* n° 34.

¹³ SERIAUX (A.) *Brèves notations civilistes sur le verbe avoir*. R.T.D. civ. 1994, p. 801.

¹⁴ Et ceci par l'acquisition de davantage de biens et créances que de dettes.

¹⁵ On entendra rarement l'expression constitution de dettes mais plutôt accumulation de dettes. V. Encore Le Petit Robert, v° constitution, sens I 4 : « action de constituer un ensemble, son résultat ». Le mot « constitution » intéresse l'élaboration, la création de quelque chose.

¹⁶ ATIAS (Ch.) *Droit civil, les biens*. *Op. cit.*, n° 12.

Paragraphe préliminaire – La société, technique de patrimonialisation de la force de travail

482- L'évidence est d'abord l'apport indéniable de la force de travail au patrimoine (A), puisqu'elle l'enrichit. Il est intéressant ensuite de démontrer les apports de la technique sociétaire à la force de travail (B), car elle la concrétise¹⁷. Cette méthode inductive prouve que la société aide à constituer le patrimoine.

A – Les apports de la force de travail au patrimoine

483- La personne physique, qui ne dispose d'aucune richesse personnelle, n'a d'autres moyens que d'utiliser sa force de travail¹⁸ pour se constituer un patrimoine. Elle est source de valeurs¹⁹. Sous un angle prosaïque, c'est par le travail que l'individu trouve une rémunération²⁰. Le travail est au cœur du rapport social. Il permet de savoir sur quels fondements asseoir la hiérarchie des salaires²¹. La rémunération vient donc en contrepartie de l'accomplissement d'une tâche plus ou moins complexe²². L'évidence de la valeur que représente la force de travail fait que l'on retrouve également l'expression « valeur-travail »

¹⁷ Par une sorte d'alchimie, la société traduit patrimonialement la force de travail. Doit-on comparer la technique sociétaire à la pierre philosophale ?

¹⁸ REVET (Th.) *Op. cit.*, n° 329.- CATALA (P.) Art. préc., n° 15.

¹⁹ Elle est même aujourd'hui la principale source de richesse individuelle et familiale. CATALA (P.) Art. préc.

²⁰ Le travail apparaît dès le XVIII^e siècle comme le moyen d'accroître sa richesse et comme facteur d'émancipation de l'individu. Le discours social-démocrate allemand a théorisé ce double caractère du travail en faisant du salaire le canal des richesses et le moyen d'un ordre social plus juste. Mais le travail a des significations multiples et n'est pas associé qu'aux idées de création de valeurs. V. en ce sens : MEDA (D.) Une mise en perspective de la valeur travail. In *Le travail en perspectives. Sous la direction de A. SUPLOT*. L.G.D.J., 1998, p. 33 et s., également : CAIRE (G.) et alii. *La valeur du travail*. Cahiers d'économie de l'innovation n° 7. L'Harmattan, 1998, p. 7.

²¹ MEDA (D.) Art. préc.

²² L'extériorisation de l'emploi met en exergue la valeur de la force de travail, qui s'autonomise par rapport à l'emploi classique. On observe d'ailleurs la reconnaissance de la valeur de la force de travail dans d'autres branches du droit que le droit social. Ainsi, en droit patrimonial de la famille, les revenus et notamment les gains et salaires sont aujourd'hui considérés comme les garants de l'indépendance des époux. Le législateur, par l'aménagement des règles de pouvoir, en confie la maîtrise à celui qui les perçoit en contrepartie de sa force de travail. Cette dernière acquiert une valeur patrimoniale jusqu'au sein de la famille. Ainsi l'époux qui se consacre à la cellule familiale peut-il revendiquer une forme d'indemnisation à la liquidation du régime matrimonial, sous la forme d'une donation rémunératoire ou sur le fondement de l'enrichissement sans cause. La force de travail de la ménagère est source de valeurs ! V. par exemple pour un excès de contribution aux charges du mariage : Cass. civ. 1^{re}, 8 février 2000, D. 2000, somm., p. 428, obs. NICOD (M.).- V. également dans le même ordre d'idées : CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.) *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*. Thèse Limoges, 1997 (PULIM, 1999).

dans de nombreux ouvrages économiques. Des qualités telles que la productivité, les compétences, le savoir-faire sont ainsi observables dans le travail. Elles entrent en compte dans la production finale et servent donc de base d'évaluation pour la rémunération. La notion de compétence sert d'ailleurs aujourd'hui de référence, tant pour l'organisation du travail, que pour la rémunération. Elle a remplacé la notion de qualification²³. Ceci traduit un souci d'efficacité voire d'équité²⁴, notions qui ne sont pas étrangères au droit des affaires. Ces qualités donnent de l'épaisseur à la notion juridique de force de travail ou à la notion économique de valeur-travail. Cette évolution conduit à s'interroger non plus sur les revenus produits par la force de travail, mais sur sa valeur intrinsèque.

484- La rémunération perçue en contrepartie d'un travail entre dans la composition du patrimoine. Mais par opposition au capital, elle a rarement vocation à être conservée durablement. Elle est rapidement consommée, à l'instar des fruits et revenus du capital. Peut-on poursuivre l'analogie ? La source de cette rémunération – la force de travail – est-elle comparable au capital ?

Traditionnellement, elle n'est pas une composante du patrimoine car elle est attachée à la personne²⁵. Elle est de surcroît insaisissable, incessible et intransmissible²⁶. Si elle est source de valeur et susceptible d'objectivation²⁷, elle ne constitue pas en pratique un élément objectif du patrimoine²⁸. Certains auteurs soulignent toutefois le mouvement de réification de

²³ TANGUY (L.) De l'évaluation des postes de travail à celle des qualités des travailleurs. Définition et usages de la notion de compétence. In *Le travail en perspectives. Sous la direction de A. SUPLOT.* Op. cit., p. 545 et s. : la notion de compétence semble intégrer un nombre plus élevé d'éléments constitutifs par rapport à celle de qualification ; sa mesure est donc plus scientifique.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ L'appréhension juridique controversée de la force de travail laisse pourtant certains auteurs affirmer que la force de travail est une réalité personnelle dans le patrimoine. V. sur ce point : REVET (Th.) *La force de travail.* Thèse Montpellier, 1991, n° 8 et s.- Il est possible effectivement de s'interroger sur le devenir de la force de travail, voire de la personne humaine. On entend fréquemment des expressions équivoques, comme « Zidane n'est pas à vendre » et finalement « Zidane vendu pour plus de 500 millions de francs au Real », ce dernier permettant à son club de dégager une plus-value substantielle, puisqu'il avait été « acheté » pour ..32 millions de francs à Bordeaux ! V. *L'Equipe*, 5 juillet 2001, p. 6. C'est bien la compétence, la force de travail, le talent du footballeur qui sont monnayés par ces clubs de football. V. plus récemment, concernant la gestion par le footballeur David Beckham de son image : La galaxie Beckham. *L'Equipe*, 29 juillet 2003. V. encore en ce sens : ATIAS (Ch.) *Les biens.* Op. cit., n°6 a) 3.

²⁶ REVET (Th.) *Op. cit.*, n° 336 sur la patrimonialité de la force de travail. On notera en marge des développements de l'auteur, que la donation rémunératoire validée par la jurisprudence (v. par exemple : Cass. Civ. 1^{re}, 2 octobre 1985, Defrénois 1987, art. 33845.- Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 1993, J.C.P. 1994, 22300) est une autre manifestation de la valeur comptable que peut prendre la force de travail de l'homme ou de la femme au foyer. La recherche d'indemnité pour travail fourni peut également être fondée sur l'action *de in rem verso*.

²⁷ REVET (Th.) *La force de travail.* Op. cit.

²⁸ Sur la notion de patrimonialité en général, v. encore : BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.) et CIMAMONTI (S.) *Traité de droit civil. Les biens.* Sous la direction de J. Ghestin. L.G.D.J., 2000, n° 3.

la force de travail²⁹, qui peut être considéré comme un capital. Cette opinion reste pour l'instant minoritaire³⁰. Il faut rechercher une traduction juridique de la force de travail pour l'intégrer dans le patrimoine.

485 - L'entreprise est, par excellence, le lieu de reconnaissance de la valeur de la force de travail. Il y est question de capital humain³¹. La notion s'y intègre bien, car au sein de l'entreprise, les concepts de compétence et de savoir sont valorisés, notamment par le biais de la rémunération³². C'est qu'en fait, la force de travail s'incorpore au statut du salarié.

Le salarié trouve davantage de reconnaissance dans l'entreprise que dans la société, pour laquelle actionnaires et associés sont essentiels. Salariés et actionnaires sont à ce point distingués, qu'il reste difficile d'envisager la place du salarié dans la société. Ceci s'explique sans doute en raison de l'incompatibilité résidant entre l'idée de subordination du salarié et l'idée d'égalité des actionnaires (fût-elle surtout théorique)³³.

486- Pourtant, la conciliation de ces deux qualités est largement promue législativement par le biais de la participation. Une définition large la qualifie comme un « ensemble de moyens dont disposent les travailleurs pour influencer les décisions prises dans l'organisation ou bénéficier des surplus qu'elle a dégagés »³⁴. Appliquée à l'organisation que constitue une société, elle se retrouve au niveau de la prise de décision³⁵, ainsi qu'au niveau financier. En

²⁹ V. CATALA (P.) La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne. Art. préc., n° 26. « La force de travail se profile comme une valeur en capital au sens économique sinon juridique du terme » ; v. également : REVET (T.) *Op. cit.*, n° 332.- ZENATI (F.) et REVET (F.) *Les biens*. PUF, 1997, n° 6 et n° 79, à propos de la force de travail réifiée par le droit qui doit s'analyser selon les auteurs comme un capital.

³⁰ V. notamment en sens contraire : CARBONNIER (J.) *Droit civil, les biens*. PUF, 2000, n° 8.- ATIAS (Ch.) *Droit civil, les biens*. Litec, 2002, n° 7 a.

³¹ V. DESMONTS (W.) L'homme, le capital le plus précieux. *Alternatives économiques* mai 1997, p. 54-57.- V. encore : BALLOT (G.) Capital humain des entreprises et performances. In *Clés pour le siècle*, ouvrage collectif université Panthéon-Assas/Paris II. Dalloz, 2000, p. 693 et s. Le capital humain est appréhendé par la gestion des ressources humaines depuis une quarantaine d'années. V. CITEAU (J.-P.) *Gestion des ressources humaines*. A. Colin, 2000. Avant-propos. Cette évolution a tout d'abord été alimentée par la pratique hésitante dans les années soixante et soixante-dix. La matière est ensuite devenue un vrai domaine de recherches et pratiques formelles, conceptualisée et instrumentalisée.

³² Ils le sont également par le biais de la consultation des salariés concernant des questions regardant l'avenir de l'entreprise.

³³ V. LE CANNU (P.) *Droit des sociétés*. *Op. cit.*, n° 184.- Par ailleurs, ces considérations renvoient également à la logique de clivage social existant entre les salariés et les actionnaires. Les premiers représentant « la classe ouvrière » et les seconds « les patrons ». Cette vision manichéenne de l'entreprise est encore largement répandue - voire encouragée par le langage politique - au détriment de la recherche de réelles solutions permettant la convergence des intérêts.- V. encore sur le rôle de la notion de subordination dans la définition de la société : LUCAS (F.-X.) Les compagnons d'Emmaüs et le droit des sociétés. *Dr. sociétés* mars 2002, rep. 03, p. 3.

³⁴ Cette définition est donnée par MARTORY (B.) et COZET (D.) *Gestion des ressources humaines*. Nathan, 1986.

³⁵ Les auteurs en théorie des organisations appartenant à l'école des relations humaines soulignent les nombreux avantages de cette forme de participation parmi lesquels : favoriser le dialogue social, améliorer la circulation

effet, la participation financière³⁶ associe les salariés à la performance de l'organisation, de sorte que sa réussite a une incidence directe sur leur richesse personnelle³⁷. Dès les années soixante, le législateur a favorisé différents systèmes visant à promouvoir l'association des salariés à leur outil de travail. Ces systèmes diffèrent sur la forme de la participation qui n'est pas toujours une association du salarié au capital de la société. Ainsi en est-il des accords d'intéressement par exemple³⁸. C'est précisément par une politique de participation salariale que la force de travail dispose d'une porte d'accès au capital de la société et donc d'un moyen de se « patrimonialiser ».

L'entreprise ne dispose pas des techniques juridiques aptes à concrétiser la force de travail en son entier. Seule la technique sociétaire peut le faire.

B – Les apports de la technique sociétaire à la force de travail

487- La force de travail rivalise difficilement avec la détention du capital au sein de la structure juridique sociétaire. En particulier, le rôle des *sachants*³⁹ est difficilement mis en avant. Tout se passe comme si les actionnaires consacraient leur pouvoir⁴⁰ à l'attribution de profit, se limitant ainsi à une vision sociétale, tandis que les salariés - qui créent la valeur pour les actionnaires - cherchent à assurer leur protection juridique au niveau entrepreneurial. Les actionnaires s'approprient la société et les salariés s'approprient l'entreprise⁴¹. Le conflit d'intérêt apparaît indubitablement dans la mesure où les deux notions recouvrent une réalité commune. L'unique solution est d'intégrer le salarié à la société afin d'harmoniser les finalités et préoccupations respectives.

des informations, combler le désir de reconnaissance des individus. Ils considèrent que c'est un facteur décisif d'accroissement de la performance de l'entreprise.- De leur côté, les juristes ne négligent pas le rôle de la participation qui aide à prévenir les conflits en droit du travail. V. sur ce point : SALOU (E.) *La prévention du risque conflictuel en droit du travail*. Thèse Rennes, 1987.- La loi N.R.E. du 15 mai 2001 favorise d'ailleurs indirectement l'association des salariés à la prise de décision de la société en prévoyant des cas de consultation des comités d'entreprise. V. SAINTOURENS (B.) Les prérogatives du comité d'entreprise après la loi relative aux nouvelles régulations économiques. Bull. Joly 2002, p. 7.- *Adde* : BULLE (J.-F.) Intervention des salariés et de leurs représentants dans le fonctionnement des organes sociaux. J.C.P. éd. E. 2002, p. 994.

³⁶ DESBRIERES (P.) *Participation financière, stock-options et rachat de l'entreprise par les salariés*. Economica, 1991.- LAVILLE (J.-L.) *La participation dans les entreprises en Europe*. Vuibert, 1992.

³⁷ Ce faisant, la participation financière a tout à la fois une incidence sur les relations actionnaires-salariés et des conséquences sur la répartition de la propriété de la société-entreprise. Pour une analyse gestionnaire de ces incidences, v. DESBRIERES (P.) *Op. cit.*, chapitre 2.

³⁸ Les salariés sont associés aux performances économiques de l'entreprise qui les emploie aux termes d'accords sans que les sommes soient bloquées et sans que le système soit obligatoire. V. *Participation des salariés*. Éd. Francis Lefebvre 1993, n° 33500 et s., p. 327 et s.

³⁹ Ce néologisme est parfois utilisé en sciences de gestion.

⁴⁰ Traduit par les valeurs sociétaires.

⁴¹ V. sur ce point PAILLUSSEAU (J.) Art. préc., n° 33.

488- La participation a amorcé cette réunion des intérêts. L'association à la prise de décision s'illustre, par exemple, par la mention des personnes détenant une compétence particulière pour assister au Conseil d'administration⁴², ou, plus récemment, par le rôle confié aux comités d'entreprise en cas d'O.P.A. dans la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001⁴³.

La participation financière, quant à elle, permet de relier les salariés à la société. Le droit envisage de mieux en mieux la place du « travailleur » au sein de la société, structure juridique d'accueil de l'entreprise⁴⁴. Concrètement, le salarié a l'opportunité de se voir attribuer une fraction du capital de la société. Ainsi, il perçoit tout à la fois des revenus du travail et du capital. Cette nouvelle forme de rémunération présente des spécificités comparativement à un complément de salaire classique⁴⁵. La valeur sociétaire est un commencement d'avoir, de patrimoine « positif »⁴⁶. C'est un bien durable ayant une valeur en lui-même, qui s'ajoute aux dividendes qu'il peut générer. Il a vocation à constituer le patrimoine de manière plus efficace que la rémunération consommée plus rapidement⁴⁷. Cette qualité de la technique sociétaire intéresse – en plus des salariés – ceux qui sont rémunérés par la société pour certains services, comme les apporteurs en industrie.

489- Le mouvement législatif en faveur de l'accession des salariés au capital social est promu par des arguments tant internes qu'externes à la société.

⁴² Le décret n° 95-237 du 2 mars 1995 a été pris en application des art. 5 et 6 de la loi n° 94-640 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise (il est reproduit sous l'art. L 225-23 C. com.) Il illustre notamment ce souci de participation des salariés actionnaires à la prise de décision. V. sur ce point : PODEUR (A.) *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise*. Mémoire de DEA sous la direction de D. Randoux, Lille 2, 1997.- V. plus récemment l'avis de l'ANSA du 6 mars 2002, relatif à la représentation des actionnaires salariés aux organes de gestion, J.C.P. éd. E. 2003, pratique 490, p. 550 et s.

⁴³ VIANDIER (A.) *Sociétés et loi NRE*. Dossiers pratiques Francis Lefebvre, 2001, n° 60 et s. et, plus généralement, n° 390 et s.

⁴⁴ Doit-on penser que la société en collant de plus en plus aux réalités économiques et sociales qui restaient jusque là l'apanage de la notion d'entreprise pourrait rendre cette dernière superflue jusqu'à en faire un concept inutile ?

⁴⁵ Comme l'intéressement, les primes, etc.

⁴⁶ Cela répond aux attentes de l'individu qui, certes, espère de son salaire une source indispensable de revenu afin de satisfaire ses besoins de consommation courante et d'épargne, mais qui désire également se constituer un patrimoine. V. en ce sens : ROUSSEL (P.) *Rémunération, motivation et satisfaction au travail*. Economica, 1996, p. 22.

⁴⁷ La rémunération sous forme de salaire est volatile, puisque les liquidités se consomment rapidement à moins d'être l'objet d'un investissement volontaire. Au contraire, cette forme de participation propose l'acquisition d'un bien par vocation durable. Les droits sociaux offrent des liquidités par le biais des dividendes, et portent en eux-mêmes une certaine valeur mobilisable, enfin ils offrent un pouvoir sous la forme du droit de vote, des droits de souscription, etc.

Ces dispositions sont économiquement intéressantes pour la société en vue d'intéresser et de motiver ses salariés. En effet, la participation des salariés au capital diffère par son objet de l'intéressement, car elle n'est pas conditionnée par le progrès de l'entreprise. Mais l'intéressement peut prendre la forme d'une participation⁴⁸, et les deux techniques sont liées dans leur esprit puisqu'elles cherchent à rapprocher les salariés des « propriétaires » de l'entreprise. La prise de participation est également évoquée comme un mode de défense de la société contre les offres publiques d'achat.

La société n'est pas la seule intéressée à la promotion du salarié. Des choix politiques et sociaux⁴⁹ ont concouru au développement de ce mode de participation au capital, fondés tant sur l'idée d'association du capital au travail, que sur l'encouragement de l'épargne salariale⁵⁰.

490- Quelles que soient les finalités de ces mesures, l'intention première fut rarement de permettre au salarié de se constituer un patrimoine et de s'enrichir. Pourtant, il est probable que ce soit le seul résultat réellement quantifiable. En effet, l'incidence de l'intéressement sur les performances de la société est loin d'être démontrée. Des doutes importants subsistent quant à l'efficacité de la motivation salariale sur l'augmentation de la productivité. Nul ne peut affirmer une progression corrélative et parallèle du patrimoine du salarié et de celui de la société⁵¹. La défense contre les O.P.A. intéresse une minorité de sociétés.

De manière plus générale, l'association du capital au travail ne parvient pas à intégrer la culture française⁵². Elle intéresse une minorité de salariés, malgré l'accroissement

⁴⁸ A la place d'un surplus de salaire en argent, il est perçu des actions de la société par exemple.

⁴⁹ Sur les liens entre l'économique et le social tissés par la participation, v. ALFANDARI (E.) Le droit au sein des rapports entre l'économique et le social. In *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*. PUF, 1992, p. 31 et s.

⁵⁰ Sur l'évolution de l'épargne salariale, v. BORDIER (G.) J.-Cl. Sociétés, fasc. 173-10.

⁵¹ ROUSSEL (P.) *Op. cit.* S'il est indéniable que la politique de rémunération dans la conduite des organisations est très importante, l'étude des liens rémunération-satisfaction et rémunération-motivation démontre que l'incidence sur la productivité n'est qu'indirecte. L'auteur démontre que la participation, la rémunération dite « flexible » a une influence plus qu'hypothétique sur l'augmentation du patrimoine de la société. C'est la rémunération fixe et directe qui satisfait et motive véritablement. Le revenu différé, celui qui, en fait, constitue un patrimoine, et n'a pas vocation à être consommé, même s'il réalise un partage du profit, ne crée pas le même sentiment chez le salarié, n'améliore pas efficacement son attitude. (V. notamment p. 278 et s.)

⁵² Pourtant, dans les années 1980, les sociologues ont constaté un progrès de l'individualisme au travail et parallèlement la recherche de davantage de flexibilité dans la rémunération. Ces circonstances se révélaient favorables à l'avènement plus rapide de nouveaux modes de rémunération. Ainsi, certains textes sur la participation financière des salariés ont été votés dans les années 1990 (par exemple Loi n° 90-1002 du 7 novembre 1990 modifiant l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés. J.O. 11 novembre 1990, 13842). Il semblerait que la question de la rémunération perde son caractère tabou en France. C'est un alignement sur les mentalités anglo-saxonnes. Parallèlement, ces techniques permettraient de répondre au souci de transparence depuis certains scandales financiers. La croissance économique concourt également à l'élargissement des modes de rémunération. Toutefois, dès qu'elle connaît un ralentissement, l'individualisme

considérable de l'actionnariat salarié de ces deux dernières décennies⁵³. Il semble que l'idée d'épargne salariale⁵⁴ intéresse peu les travailleurs. Ils attendent une rémunération immédiate concourant à une amélioration notable de leur niveau de vie. Elle ne peut remplacer une augmentation du salaire et ne peut s'envisager au détriment de la progression constante, régulière de celui-ci. L'épargne salariale est pourtant largement promue par le législateur⁵⁵. La loi sur l'épargne salariale du 19 février 2001⁵⁶ a voulu élargir son champ d'application en renforçant les outils existants et en créant de nouveaux modes d'épargne au sein de l'entreprise⁵⁷. La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a, elle-même, proposé de nouvelles solutions⁵⁸.

Bon gré mal gré, le salarié peut s'enrichir grâce à la technique sociétaire. La société donne une patrimonialité à la valeur-travail.

491- Certains auteurs contestent à la force de travail, bien non réalisable, la qualité de constituer un capital fructifère à part entière⁵⁹ et donc d'être un élément du patrimoine. La technique sociétaire constitue alors une alternative efficace. Elle parvient à l'objectiver - et donc à lui donner une patrimonialité - en la traduisant par des valeurs sociétaires. Ces dernières procurent des revenus (dividendes), mais elles sont surtout un mode de rémunération différée. Elles ne créent pas de sentiment de satisfaction immédiat chez le travailleur, car il ne constate pas une amélioration immédiate de son niveau de vie, mais elles

ressurgit et la rémunération salariale est seule revendiquée et acceptée. La projection dans l'avenir est plus difficile car redoutée.

⁵³ S'agissant des salariés, le taux de souscription aux offres des entreprises sociétaires avoisine 70 %. S'agissant des sociétés, sur 68 introductions en bourse en 1998, 12 ont été accompagnées de mesures visant à développer l'actionnariat salarié. V. sur ce point HANOTAUX (P.) L'épargne salariale au cœur du contrat social. In Regards sur l'actualité n° 262, juin 2000, La documentation française, p. 7.

⁵⁴ Ce concept s'est peu à peu substitué à celui de participation, ce qui est très critiquable dans la mesure où il recouvre des outils très divers (intéressement, participation, P.E.E., actionnariat salarié, stock-options, et aujourd'hui le compte épargne temps). Il est évident que tous ne répondent pas aux mêmes objectifs : toute l'épargne salariale n'est pas vecteur de constitution de patrimoine, certains instruments seulement le sont. Si les dispositions concernant l'épargne salariée font apparaître des interactions entre le patrimoine et le droit des sociétés, elles seront étudiées séparément.

⁵⁵ Même s'il s'en défend, il est probable que l'objectif soit lié à l'évolution du financement des retraites. Les dispositions de la nouvelle loi relative au plan partenarial d'épargne salariale volontaire (P.P.E.S.V.) s'apparente à une capitalisation à long terme pouvant servir aux termes des 10 ans de complément de retraite (la sortie peut en effet se faire sous forme de rente ou de capital).

⁵⁶ V. par exemple : AUZERO (G.) La loi 2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale. Présentation générale. Bull. Joly 20001, § 89, p. 345.

⁵⁷ La mesure la plus significative semble être la création de plans d'épargne interentreprises qui ouvrent les champs de l'épargne salariale aux nombreux salariés des P.M.E. jusqu'alors exclus. La réussite de ces plans reste soumise à la conclusion d'accords entre les partenaires sociaux selon des critères géographiques ou professionnels.- V. le dossier « Epargne salariale. La nouvelle division du travail. » Banque, janvier 2003. p. 18 et s.

⁵⁸ SAINTOURENS (B.) La loi de modernisation sociale et le droit des sociétés. Bull. Joly 2002, § 101, p. 401.

⁵⁹ CARBONNIER (J.) Droit civil, les biens. Op. cit., n° 8.- ATIAS (Ch.) Droit civil, les biens. Op. cit., n° 6a.

l'aident à se constituer un patrimoine durable⁶⁰. Le droit du travail et la gestion des ressources humaines utilisent alors des techniques du droit des sociétés⁶¹.

492- La potentialité des valeurs sociétaires à enrichir est toutefois variable. Elle dépend de l'évaluation des parts ou actions, en particulier lors de leur cession. De fait, la négociabilité du titre a une forte influence sur sa capacité à valoriser le patrimoine. La négociabilité est un terme propre au droit commercial⁶². C'est la qualité de certains titres transmissibles par des procédés du droit commercial. Le caractère cessible du titre assure le transfert de propriété de manière simple⁶³. La négociabilité dépend de l'objectif qui motive l'émission du titre⁶⁴. Traditionnellement, dans les sociétés à fort *intuitus personae*, les valeurs sociétaires ne sont pas négociables⁶⁵. La cession est redoutée en raison de la collaboration étroite existant entre les associés⁶⁶. Au contraire, la négociabilité est la règle dans les sociétés ouvertes⁶⁷. Le passage à la négociabilité s'impose en terme d'efficacité. En matière de parts ou actions constituant le patrimoine, les choix législatifs évoluent sans équivoque vers des valeurs négociables. Il convient donc d'illustrer l'affirmation selon le caractère négociable ou non de la valeur sociétaire.

⁶⁰ Qu'il peut apprécier à d'autres moments de sa vie, s'il a une bonne santé et de la patience.

⁶¹ V. GASTAUD (J.-P.) L'associé de passage ... ou l'investissement du créateur d'entreprise et des salariés. (stock-options et bons de croissance). In *Procédures collectives et droit des affaires. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*. Ed. Frison-Roche, 2000, p. 267 et s. et notamment p. 273 : cette technique permet de « capitaliser l'investissement personnel ».

⁶² V. Le Petit Robert, v° négociabilité « qualité attachée à certaines formes que peuvent revêtir les titres représentatifs d'un droit ou d'une créance, grâce à laquelle ce droit ou cette créance sont transmissibles par des procédés du droit commercial ».

⁶³ V. en ce sens, la définition posée par MARTIN (D.R.) Du titre et de la négociabilité. D. 1993, chron., p. 20, spéc. n° 23 : « la négociabilité du titre se définit alors de l'aptitude d'un titre à être cédé par un procédé simple de droit commercial ». *Adde* définition donnée par le Vocabulaire juridique Capitant : « qualité attachée à certains titres représentatifs d'un droit ou d'une créance, qui en permet une transmission plus rapide et plus efficace que les procédés du droit civil (sans être tenu de recourir aux formalités exigées de la cession civile pour qu'elle soit opposable aux tiers) »

⁶⁴ En ce sens, REYGROBELLET (A.) *Op. cit.*, qui parle de titres négociables causés.

⁶⁵ V. pour les S.N.C., la prohibition d'émettre des titres négociables à l'art. 19 al. 1 de la loi du 24 juillet 1966.

⁶⁶ V. sur ce point, les clauses d'agrément aménageant les cessions de parts sociales dans les sociétés fermées, *supra* n° 429.

⁶⁷ Faut-il voir dans cette partition un nouveau signe de la distinction croissante qui se fait entre sociétés cotées et non cotées, qui tendrait à autonomiser le droit des marchés financiers ? V. La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées. In *Mélanges A.E.D.B.F. I sous la direction de J.-P. Mattout et H. de Vauplane, droit bancaire et financier*, 1997, p. 189 et s.- GERMAIN (M.) Les sociétés qui font appel public à l'épargne. In *La Modernisation du droit des sociétés*. Ouvrage collectif dirigé par DAIGRE (J.-J.) GLN Joly 1997, p. 31.- Il faut toutefois ne pas confondre la négociabilité avec l'aptitude d'un titre à être coté. L'admission d'un titre sur un marché réglementé se fait sur d'autres critères que la seule négociabilité. Tout au plus peut-on noter qu'il y a une parenté troublante d'idées dans l'émergence de ces deux partitions société cotées/non cotées et titre négociable/non négociable.

SECTION 1

La constitution de patrimoine par des titres non négociables

493- En droit des sociétés, les premières tentatives de prise en considération de la force de travail se sont rencontrées dans les sociétés dites ouvrières, qui n'ont cependant pas remporté de franc succès (paragraphe 1). Il faut attendre le frémissement des sociétés dites professionnelles (paragraphe 2) qui donnent corps à l'activité développée par quelques personnes, pour révéler l'aptitude de la technique sociétaire à transformer la force de travail en capital.

Paragraphe 1 - Le relatif échec des sociétés ouvrières

494- L'accueil mitigé de la naissance des sociétés ouvrières (A) explique sans doute leurs carences (B).

A – La naissance des sociétés ouvrières

495- L'association du capital au travail est une idée ancienne. Elle s'est développée dès la première moitié du XIX^e siècle et a été propagée par des socialistes théoriciens et des travailleurs manuels. Les fondements idéologiques sont simples (1) et connaissent une traduction pratique rapide, dès la seconde République (2), mais l'ensemble n'emporte pas de consensus social.

1 - Les fondements idéologiques

496- L'idée fondatrice au XIX^e siècle est de faire de l'ouvrier son propre patron. Il s'agit d'associer librement les travailleurs afin qu'ils réalisent en commun certains produits ou qu'ils fournissent certains services⁶⁸. Ce courant de pensée est celui des Utopies socialistes. Elles ne constituaient pas l'adolescence d'une pensée qui verrait sa pleine maturité dans le socialisme ultérieur. En effet, les utopies sociales de l'âge romantique ont des caractéristiques communes puisées dans leur enracinement historique. Elles naissent après le temps des

⁶⁸ Pour des repères historiques, v. notamment : DEMOUSTIER (D.) Des structures diversifiées à la croisée des chemins. In DEFOURNY (J.), FAVREAU (L.) et LAVILLE (J.-L.) *Insertion et nouvelle économie sociale. Un bilan international*. Ed. Desclée de Brouwer, 1998, p. 41 et s.

révolutions, au début de l'ère industrielle. Elles sont des tentatives de reconstruire l'univers social et moral, partant de l'idée d'une évolution naturelle menant au bonheur pour tous. Il n'est donc pas étonnant de retrouver l'idée de l'association du travailleur à la propriété du capital dans les œuvres de Saint-Simon⁶⁹ ou Fourier⁷⁰, qui entendent se servir des passions humaines, non pas contradictoires, mais complémentaires, pour faire naître l'harmonie. Tout au cours du siècle, cette doctrine de l'industrialisme optimiste - aspirant à des compromis entre patronat et ouvriers - fait son chemin. Elle est âprement soutenue par Godin⁷¹ et concrétisée par Buchez⁷², dont l'association chrétienne des bijoutiers en Doré, créée en 1834, dura quarante ans.

497- Les deux guerres mondiales laissent peu de champ aux idéologies fondatrices. Seules des initiatives privées et le *pancapitalisme* de Loichot⁷³ témoignent de la survivance de l'esprit d'association des travailleurs au capital. Ce n'est qu'à l'initiative du Général de Gaulle que la volonté de réformer les structures économiques et sociales par la participation des diverses catégories sociales refait surface. C'est la troisième voie entre capitalisme et socialisme⁷⁴.

Si les idées économiques du Général de Gaulle s'inspirent des pratiques monétaires et financières de l'époque, ses idées sociales traduisent une pensée originale : la participation⁷⁵. L'idée est récurrente chez l'homme d'État. Présente dès la Résistance⁷⁶ et à l'époque du R.P.F.⁷⁷, elle émerge sous la V^e République. Pour lui, impliquer les travailleurs dans la vie de l'entreprise atténue les effets pervers du capitalisme et du socialisme doctrinaire, en réduisant la lutte des classes. Le catholicisme social de sa jeunesse, le *pancapitalisme* des années 30 et les idées développées dans les milieux de la Résistance l'ont assurément influencé. C'est en

⁶⁹ SAINT-SIMON (Cl.-H. de Rouvroy, Comte de). *Du système industriel*. In Œuvres de Claude-Henri de Saint-Simon, tome III, Ed. Anthropos, 1966.- *De l'organisation sociale*. In Œuvres de Claude-Henri de Saint-Simon, tome V, Ed. Anthropos, 1966. Des extraits de ces ouvrages peuvent être consultés sur le site <http://gallica.bnf.fr/scripts/consultation>.

⁷⁰ FOURIER (C.) *Le Nouveau Monde industriel et sociétaire*. Bossange père, 1829-1930.

⁷¹ GODIN (J.-B.A.) *Mutualité sociale et association du capital et du travail ou Extinction du paupérisme par la consécration du droit naturel des faibles au nécessaire et du droit des travailleurs à participer aux bénéfices de la production*. Guillaumin, 1880.

⁷² BUCHEZ (Ph.) *Traité de politique et science sociale*. Amyot, 1886.

⁷³ Cette théorie propose de dépasser le capitalisme en accordant plus de place aux ouvriers dans la société.

⁷⁴ Sur un historique de l'intéressement et l'idée de la participation défendue par le général de Gaulle, v. SAURET (A.) *Intéressement, participation et plan d'épargne entreprise, commentaire de la loi 90-1002 du 7 novembre 1990*, Montchrestien, 1991, p. 9.

⁷⁵ GUILLAUME (R.) *La participation : De Gaulle, le visionnaire*. Thèse Toulouse, 1999.

⁷⁶ A la Libération, la promulgation de deux ordonnances, portant respectivement sur les comités d'entreprises et la sécurité sociale, traduit sa volonté de renforcer la solidarité sociale.

⁷⁷ Dans l'opposition, les gaullistes présenteront des projets qui seront rejetés, en 1951 et 1952 défendant l'idée d'association capital-travail.

tout cas de son vécu et d'une démarche authentique qu'il tire son inspiration⁷⁸. Mais il reste un décalage entre les idées et leur réalisation⁷⁹. L'hostilité du patronat et des syndicats, l'incompréhension de l'opinion, voire la division des gaullistes eux-mêmes sur la question jouent un grand rôle dans l'échec de la participation, si bien que les ordonnances du 17 août 1967, le décret du 24 mars 1969 et les lois qui les compléteront dans les années 1970 opteront pour une forme de participation des salariés plus conventionnelle, usant des outils traditionnels de l'arsenal sociétaire.

498- On peut alors dresser un bilan européen de l'idée d'accession des salariés au capital⁸⁰. Contrairement à l'expérience américaine où les motifs de la participation résident essentiellement dans la stimulation individuelle des travailleurs en ajoutant à leurs gains, l'accession des salariés aux titres sociaux procède en Europe d'une réflexion globale menant à des objectifs socio-politiques ou économiques. L'idée schématique est qu'une société basée sur la propriété privée ne peut à la longue survivre, que si elle assure progressivement une répartition plus large et plus équitable des patrimoines individuels. Il s'agit de répartir de manière plus équilibrée les richesses de la nation. L'Allemagne a notamment particulièrement bien traduit cette idée en fondant sa stabilité économique et monétaire sur l'épargne salariale. Toutefois, l'actionnariat se ressent du climat politique et social qui règne dans le pays. La France souffre ainsi des contradictions entre réflexion socio-politique et accomplissement individuel. L'incohérence de sa politique en la matière traduit parfaitement l'ambivalence des objectifs que la participation peut poursuivre⁸¹. Elle cultive la méfiance de l'opinion et des partenaires sociaux à son égard⁸².

⁷⁸ PLANTEY (A.) *L'authenticité dans la pensée et l'œuvre du général de Gaulle*. Colloque *Approche de la philosophie politique du général de Gaulle*. Cujas, 1983. L'auteur remarque que l'homme développait une philosophie du vécu et que l'authenticité était pour lui une éthique. Récusant le pouvoir obtenu par la force, l'intrigue ou l'argent, il puisait son autorité de l'adhésion populaire. On note que par l'idée de participation, d'association capital-travail, il recherche la même légitimité au sein de la structure sociétaire, l'autorité des dirigeants de la société ne se légitimant que par l'adhésion populaire, son association aux projets.

⁷⁹ TOUCHARD (J.) *Le Gaullisme, 1940-1969*. Seuil, 1978.

⁸⁰ V. MOREAU (M.) *Actionnariat des salariés*. J.-Cl. Travail Traité, fasc. 27-25, n° 2.

⁸¹ L'étude de l'influence du management participatif sur la transformation des rapports sociaux aboutit souvent à un constat de semi-échec ou d'abandon. Pour l'exemple des cercles de qualité, v. BENOIT-GOYVANIÉ (R.-F.) Thèse précit. On souligne de manière générale « l'assouplissement » de la participation selon le canal de la démocratie représentative ou encore « l'essoufflement de la participation dû à des rigidités technico-organisationnelles ». V. sur ce point : LAVILLE (J.-L.) *L'évaluation des pratiques de gestion participative dans les P.M.E. et les coopératives*. CRIDA, novembre 1988, p. 25 et p. 134.

⁸² Pour un bilan récent de l'économie sociale, v. DEFOURNY (J.) *et alii. Insertion et nouvelle économie sociale. Un bilan international*. Op. cit. L'économie sociale fait naître dans certains pays des initiatives à structures coopératives, d'où l'idée d'un renouveau de l'économie sociale. L'impact de ce renouveau sur la constitution de patrimoine doit toutefois être relativisé. L'intérêt pour ces structures est manifestement extra-patrimonial. Il semble, en effet, que seul le partage du pouvoir soit réellement recherché.

2 - Les traductions pratiques

499- La traduction juridique et pratique de cette idéologie d'intéressement des ouvriers aux fruits de leur travail et de partage des richesses, utilise immédiatement comme vecteur la participation. Comment faire participer un ouvrier aux bénéfices de son entreprise mieux qu'en l'y associant ? La participation est prise ici au sens fort du terme. Le salarié n'est pas qu'un simple individu, de passage dans l'entreprise, que l'on récompense par une augmentation de ses gains. Au contraire, il est associé et donc détenteur d'une fraction du capital social. L'idée de subordination s'atténue puisqu'il détient⁸³ une fraction de la propriété de la société qui le fait vivre. Le projet est donc très ambitieux et confronte des logiques différentes⁸⁴.

Une seule technique juridique répond véritablement à cette intention : la technique sociétaire. Elle est depuis longtemps le seul instrument permettant d'accueillir plusieurs individus désirant collaborer ensemble en vue de réaliser des bénéfices. Elle est l'unique structure de l'entreprise qui permet de la parcelliser grâce au capital réparti entre les associés. La technique sociétaire est donc, dès le XIX^e siècle, la technique d'accession des salariés au patrimoine. La loi va d'abord imposer des modèles sociétaires, spécialement conçus dans le dessein de partager le patrimoine jusqu'alors aux mains du « patronat » (a). Mais l'initiative législative s'essouffle et fait place aux initiatives privées qui démontrent expérimentalement une forme plus simple de participation (b).

a) Les modèles sociétaires d'avant guerre

500- Deux formes de société illustrant la patrimonialisation de la force de travail par la technique sociétaire sont retenues : la S.C.O.P. (α) et la S.A.P.O. (β).

⁸³ Certes pas dans les mêmes proportions que d'autres.

⁸⁴ SAVATIER (J.) La représentation des salariés dans les organes de la S.A. après la loi du 25 juillet 1994. Dr. social 1995, p. 33.

α- La S.C.O.P.

501- La société coopérative ouvrière de production est le premier modèle⁸⁵. Elle est mise en place par les lois du 5 juillet 1848 et du 24 juillet 1867. Le mouvement coopératif continue à se développer sous la III^e République. Les règles des coopératives ouvrières étaient relativement simples et reposaient sur la libre adhésion des associés qui ne peuvent être que des personnes employées par la société⁸⁶. C'est la même logique que dans toute société coopérative⁸⁷. Ainsi, s'agissant d'une coopérative de consommation ou une coopérative de commerçants détaillants, les membres doivent apporter obligatoirement leurs produits ou services ou être clients, en contrepartie de quoi, la coopérative ne peut se fournir qu'auprès d'eux ou ne vendre qu'à eux, la répartition étant opérée sous la forme de ristournes⁸⁸. Cette forme d'association présentait une particularité forte. Le contrôle était assuré selon le principe qu'un homme égale une voix⁸⁹. Il était indifférent à la quotité des capitaux possédés⁹⁰.

502- Principalement réglementées par la loi du 19 juillet 1978⁹¹, les S.C.O.P.⁹² peuvent être constituées sous forme de S.A. ou S.A.R.L. à capital variable⁹³. Ce type de

⁸⁵ La bibliographie juridique sur les S.C.O.P. est peu nourrie. V. DEMOUSTIER (D.) *Les coopératives de production*. La découverte, Repères, 1984, n° 20.- V. également le manuel ancien : PERRAUD-CHARMANTIER (A.) et LAURAS (M.) *Manuel des sociétés coopératives*. L.G.D.J., 1948.- Plus récemment : SAINTOURENS (B.) *Sociétés coopératives et sociétés de droit commun*. Rev. sociétés 1996, p. 1.- Les travaux universitaires menés sur ce thème sont plus abondants en sciences sociales (et notamment en sociologie du travail) qu'en droit où seuls quelques mémoires de D.E.A. effectuent des synthèses des règles de droit applicables. Pour une thèse en sociologie, v. QUINTERO (N.) *La participation dans les coopératives de production*. Thèse Aix en Provence, 1991.

⁸⁶ Les sociétés coopératives sont actuellement définies par l'art. 1 de la loi du 10 septembre 1947 (L. n° 47-1775 portant statut de la coopération. J.O. 11 septembre 1947, 9088.) Cette loi pose les principes généraux du droit coopératif très pragmatique et évoque des cas particuliers de certaines coopératives (agricole, artisanale, de commerçants, etc.) La loi n° 92-643 du 13 juillet 1992 relative à la modernisation des entreprises coopératives a toutefois remanié certains principes en essayant d'attirer les investisseurs et en posant des règles aptes à renforcer les fonds propres de ces sociétés. Pour une étude détaillée, v. LAMY sociétés commerciales, n° 4709 et s.

⁸⁷ V. Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 sur la coopération, et art. L 231-1 et s. C. com. relativement à la variabilité du capital.

⁸⁸ V. LE GOFF (J.-P.) *Les sociétés coopératives de consommation*. Gaz. Pal. 1970, II, doctr., p. 36.- CHARTIER (Y.) Rép. Dalloz sociétés, *Société coopérative de commerçants-détaillants*.

⁸⁹ Cette règle est d'ailleurs un véritable dogme pour les sociétés coopératives : art. 14 de la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 sur la coopération de production. C'est le fondement des principes coopératifs.

⁹⁰ Sur l'actualité des sociétés coopératives en général, v. la naissance des sociétés coopératives d'intérêt collectif : MICHALAUSKAS (M.) *La société coopérative d'intérêt collectif, un groupement en quête d'identité*. Rev. sociétés 2002, p. 247.- *Adde* : HERAIL (M.) *Régulation des mouvements des associés dans les sociétés coopératives*. Dr. sociétés janvier 2002, p. 6.

⁹¹ Loi n° 78-763 précitée. La loi a été modifiée successivement par la loi n° 85-703 du 12 juillet 1985, la loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 et la loi n° 92-643 du 13 juillet 1992.- V. sur la réforme de 1978 : MIALON (M.-F.) *La*

sociétés, qui bénéficiait en outre d'avantages fiscaux, était encore relativement présent dans le tissu économique français en 1975. On comptait six cents coopératives rassemblant environ cinquante mille travailleurs dans les secteurs du bâtiment principalement, mais également de l'imprimerie. Plus nombreuses aujourd'hui qu'en 1975, elles emploient cependant nettement moins de salariés⁹⁴. A ce jour, 1506 S.C.O.P. emploient 29200 salariés pour un chiffre d'affaire de 2,5 milliards d'euros hors taxes⁹⁵. De faible importance en taille⁹⁶, elles réussissent toutefois relativement bien. Ponctuellement, on observe une certaine dynamique de leur création⁹⁷.

L'intérêt patrimonial est toutefois restreint, même si en moyenne, 40 à 50 % du résultat de la société est réparti entre les salariés chaque année, en exonération d'impôt sur les sociétés et sur le revenu. Les exigences de financement d'une entreprise font que ces sociétés restent aujourd'hui des organisations marginales pour celui qui cherche à se constituer un patrimoine. Elles correspondent surtout à un besoin extra-patrimonial des salariés, un souhait de maîtriser l'entreprise où ils travaillent⁹⁸. C'est une forme plus démocratique de production. La S.C.O.P. reste donc avant tout l'outil d'une idéologie indépendante et salariale⁹⁹. La perspective de constitution de patrimoine par ce biais n'existe que *via* les revenus des parts dans la société, pour le seul temps où le salarié reste associé. En quittant la S.C.O.P., il récupère certes son apport, mais n'a pas vocation à céder ses titres sociaux et donc à dégager une plus-value de cession.

réforme des sociétés coopératives ouvrières de production par la loi du 19 juillet 1978. Dr. social 1979, p. 211.- PETOT-FONTAINE (M.) Les difficultés d'application du nouveau statut des sociétés coopératives ouvrières de production. Rev. sociétés 1980, p. 401.- V. pour une étude d'ensemble : JEANTIN (M.) Rép. Dalloz sociétés. Sociétés coopératives ouvrières de production.- LE VEY (P.) Les sociétés coopératives ouvrières de production. J.-Cl. Sociétés, fasc. 170-10.

⁹² Elles sont actuellement définies à l'art. 1^{er} de la loi de 1978 : Elles sont « formées par des travailleurs de toutes catégories ou qualifications professionnelles, associés pour exercer en commun leur profession dans une entreprise qu'ils gèrent directement ou par l'intermédiaire de mandataires désignés par eux ou en leur sein. »

⁹³ V. également sur les règles spécifiques de la participation des salariés dans ce type de société : *Participation des salariés.* Op. cit., n° 26500 et s.- Le décret du 17 juillet 1987 (art. 32 à 35) a dû aménager un régime spécifique aux S.C.O.P.

⁹⁴ La taille moyenne des S.C.O.P. ne cesse de diminuer. V. en ce sens MERLE (Ph.) Op. cit., n° 9.

⁹⁵ www.scop-poitou-charentes.org/transcop.- *Adde* : pour la liste des S.C.O.P. pour l'année 2003, J.O. 3 mai 2003, p. 7724.

⁹⁶ En moyenne, elles comprennent 21 salariés, mais 70 % des S.C.O.P. sont bénéficiaires.

⁹⁷ En 1997, 140 S.C.O.P. ont été constituées créant 1400 emplois. (www.daniel.bonniot.free.fr/coop/scop). Des entreprises connues sont exploitées sous cette forme comme les journaux « Politis », « l'Alternative économique », la société « Fagor » dans le domaine électro-ménager ou encore les « Chèques-restaurant ».- v. encore : FREMEAUX (P.) *Alternative : SCOP en stock.* *Alternatives économiques* n° 177, janvier 2000, p. 36-37.

⁹⁸ Sans doute dans l'espoir d'assurer la pérennité de leur emploi et d'échapper aux risques de chômage.

⁹⁹ On a tenté notamment de l'utiliser pour faire reprendre des entreprises en difficulté par les salariés. V. ALFANDARI (E.) et JEANTIN (M.) La reprise d'une entreprise en difficulté par une S.C.O.P. Rev. d'économie sociale 1985, p. 113.

β- La S.A.P.O.

503- La loi du 26 avril 1917¹⁰⁰ crée un nouveau type de société ouvrière qui prend la forme d'une société anonyme : la société anonyme à participation ouvrière¹⁰¹. Cette société prévoit la création à côté des actions de capital, d'actions de travail attribuées gratuitement en propriété collective aux salariés constitués en société coopérative commerciale de main d'œuvre. Le but de la loi était évident : permettre à l'ouvrier de s'élever de la condition de simple salarié à celle d'associé de l'entrepreneur et de rendre ainsi plus rares les conflits entre le capital et le travail.

504- Cette forme de société n'a toutefois pas connu un franc succès. En effet, l'action de travail coûte dans un premier temps à l'entreprise, et l'amélioration de la productivité corrélative n'est pas toujours constatée. De surcroît, si elle confère un droit sur les bénéfices distribués ou réservés, elle ne fait pas participer aux pertes. Du côté du salarié, elle présente également des particularités qui peuvent se transformer en inconvénients. En effet, les actions de travail sont obligatoirement collectives. Elles sont inscrites au nom de la société coopérative de main d'œuvre et sont inaliénables. L'absence de négociabilité de l'action pèse énormément sur la réussite de cette forme de société. L'action est frappée d'un timbre indiquant l'inaliénabilité et l'incessibilité qui la caractérisent. La lourdeur de fonctionnement y est également pour quelque chose. En effet, la société coopérative de main d'œuvre organise seule la propriété collective. Elle a ce double rôle qui consiste à répartir entre ses membres à la fois les droits alloués et le *boni* de liquidation en cas de dissolution (hypothèse qui intéresse alors également certains des anciens membres). La loi du 8 juillet 1977¹⁰² ne suffit pas à éviter l'échec auquel sont vouées ces sociétés complexes.

¹⁰⁰ Complétant la loi du 24 juillet 1867 (art. 72 à 80), codifiée sous les art. L 225-258 à 270 C. com.

¹⁰¹ V. pour une étude d'ensemble, par exemple : LE VEY (P.) La société anonyme à participation ouvrière. J.-Cl. Sociétés, fasc. 173-50.

¹⁰² Loi n° 77-748

505- Les inconvénients liés à ces formes spécifiques de sociétés font qu'après la seconde guerre mondiale, l'initiative privée cherche seule les moyens de la participation des salariés au capital.

b) Les initiatives privées

506- Après la seconde guerre mondiale, il faut se tourner vers les initiatives privées pour constater les traductions pratiques de l'idéologie d'association travail-capital. Elles prennent comme vecteur de la participation la diffusion d'actions dans le personnel. Ainsi, depuis 1939, la société Ricard prévoyait la distribution d'actions gratuites pour les salariés de plus de trois ans d'ancienneté. En 1949, la société Télémécanique électrique associe ses salariés à l'occasion d'une augmentation de capital en espèces réservée au personnel, les actionnaires refusant d'exercer leurs droits préférentiels de souscription. L'opération est un franc succès. Encore faut-il préciser que le personnel restait entièrement libre de conserver ou céder les titres en bourse, et qu'ainsi, certains se retrouvèrent à la tête d'un petit capital qu'ils réalisèrent pour un autre emploi. Les sociétés de rédacteurs comme celle du Monde en 1951 puis du Figaro ou de Ouest France en 1965 proposent également l'achat d'action ou la souscription de parts, mais leur finalité est d'assurer l'indépendance des journalistes et un contrôle d'ensemble sur l'activité du journal, si bien que l'exemple correspond peu à l'idéologie participative initiale.

507- Ces initiatives privées, qui rejettent les schémas sociétaires imposés pour utiliser les techniques de droit commun, mettent en relief les insuffisances des sociétés dites ouvrières. Elles illustrent dans le même temps la difficile conquête qu'opère la participation dans l'opinion. En effet, elles n'intéressent finalement qu'une minorité de sociétés. Elles n'entraînent pas de grand mouvement de généralisation, ni spontané, ni législatif. Ces sociétés font juste l'objet de retours de faveurs périodiques, correspondant souvent à un vœu politique dans des moments de crise, notamment de l'emploi, mais rarement à une finalité de réussite patrimoniale pour les salariés¹⁰³. Il convient donc de

¹⁰³ On citera en guise d'illustration l'expérience coopérative des années 1978-1983 et les entreprises alternatives. V. sur ce point : DEMOUSTIER (D.) Art. préc., p. 50.

s'interroger sur les causes de l'échec des sociétés ouvrières en matière de constitution de patrimoine.

B – Les carences des sociétés ouvrières

508- Initiées par une idéologie, leur réussite dépendait de la satisfaction qu'allaient y trouver les principaux intéressés : « patrons » et « ouvriers ». Or chacun poursuit une démarche non pas collective et solidaire (nourrie d'une réflexion sociale globale), mais purement individualiste. D'un côté, on attend des retombées pour l'entreprise elle-même, qui doit accroître ses performances grâce à la cohésion réalisée par la participation. D'un autre côté, on attend une amélioration de son statut individuel et notamment de son niveau et cadre de vie, lequel passe invariablement par une augmentation des gains, du salaire. En résumé, le succès et la pérennité de cette forme de participation dépendent de la satisfaction patrimoniale qu'en retirent les différents partenaires.

509- En réalité, la constitution de patrimoine par le biais de telles sociétés n'est pas au rendez-vous. Elles ne disposent pas des outils juridiques assurant cette performance. Elles sont surtout conçues pour la gestion participative. La participation aux résultats n'est que l'objectif accessoire. Il y a un décalage entre l'idéologie qui fonde l'apparition de telles techniques sociétaires, dont la finalité est de partager les richesses de la nation entre tous, de mieux répartir le patrimoine global de la nation¹⁰⁴, et le résultat escompté par chacun. C'est qu'en fait, on n'envisage pas le même patrimoine : les salariés, les entrepreneurs s'intéressant à leur patrimoine individuel tandis que le législateur raisonne en termes de répartition du patrimoine national. De surcroît, il y a confusion des genres entre pouvoir au sein de l'entreprise et répartition du résultat de l'entreprise. La conquête du pouvoir est une œuvre idéologique et politique. Elle initie ce type de sociétés qui finalement sont peu propices à ce qui est souvent l'objectif final de la détention de ce pouvoir, c'est-à-dire une meilleure répartition du résultat.

¹⁰⁴ La réalisation de cet objectif se concrétisant en faisant de l'ouvrier son propre patron, propriétaire de son entreprise.

510- Dés lors, il n'est pas étonnant que les outils proposés soient inadaptés aux satisfactions individuelles. L'absence de négociabilité des actions de travail ou de la participation au sein des coopératives est particulièrement gênante. C'est cette négociabilité qui donne la valeur de la participation au capital. Les retombées sous forme de dividendes ou ristournes ne suffisent pas. Encore faut-il que la technique sociétaire aide à constituer un patrimoine pérenne, rémunérateur à terme. Ces qualités se trouvent seulement dans une fraction de capital qui est négociable.

L'échec ne se mesure pas qu'au niveau de la constitution du patrimoine des salariés. Du côté de la société, il est constaté également que la rémunération immédiate ne suffit pas à améliorer la productivité. Elle motive théoriquement davantage les salariés¹⁰⁵. L'éventuel avantage qui pourrait en résulter est hélas diminué par la lourdeur du fonctionnement de la structure sociétaire elle-même et notamment de la société coopérative de main d'œuvre¹⁰⁶.

511- L'absence de conviction qu'emportent ces formes de société est illustrée en pratique par le rejet implicite qu'expriment les initiatives privées. En particulier, le recours aux actions confirme le besoin de négociabilité¹⁰⁷. Les ordonnances et les lois de 1967 à nos jours ne proposent d'ailleurs plus que des techniques de participation fondées sur l'utilisation de l'action et mettant en avant sa qualité de négociabilité. Que penser alors de toutes ces autres techniques sociétaires qui proposent, en contrepartie d'une association au capital, des parts sociales et non des actions ? Interdisent-elle toute forme de participation des salariés ? Ces types de sociétés doivent-elles être d'emblée exclues des techniques aptes à constituer un patrimoine ? Sont-elles des instruments de mutation de la force de travail en patrimoine ? Il semble que les sociétés professionnelles puissent prétendre, elles aussi, contribuer à la constitution de patrimoine.

¹⁰⁵ V. ROUSSEL (P.) *Rémunération, motivation et satisfaction au travail*. *Op. cit.* .

¹⁰⁶ On s'intéresse dans cette hypothèse particulièrement à la S.A.P.O.

¹⁰⁷ Des difficultés se rencontrent du point de vue de la société. Les coopératives souffrent d'une impossibilité d'accroître facilement leurs capitaux propres en y associant des personnes étrangères. C'est la caractéristique de ses titres qui est un frein à son développement. Pour ces raisons, le législateur leur a permis d'émettre certaines valeurs mobilières. V. sur ce point : REYGROBELLET (A.) *Op. cit.*, p. 929, n° 934 et s. Au sein de certaines coopératives, on constate donc une invasion d'instruments négociables. Mais ils ne valorisent pas la force de travail, ils visent uniquement à répondre aux problèmes de financement de la société émettrice.

Paragraphe 2 - Le frémissement des sociétés dites professionnelles

512- Le choix du qualificatif « professionnel » doit au préalable être précisé et justifié¹⁰⁸. Le terme « profession » a pour premier sens celui d'une occupation déterminée dont on peut tirer ses moyens d'existence. Peu importe le type de travail, manuel ou non, qu'il soit effectué pour son propre compte ou non¹⁰⁹. Il faut donc y voir un synonyme du mot « métier », ce dernier suggérant toutefois une formation spécifique de la personne en vue de son exercice¹¹⁰. Le terme « profession » relève de la langue administrative et a une acception plus large que le mot « métier »¹¹¹. Pourtant dans le langage courant, le mot « profession » caractérise plutôt un métier qui a un certain prestige social ou intellectuel à l'instar des professions libérales¹¹². Cet usage fautif s'est répandu sous l'influence de l'anglais¹¹³.

513- Parler de « sociétés professionnelles » doit logiquement faire référence à toute société qui permet à des individus de s'associer pour exercer en commun leur métier, moyen d'existence. Peu importe que cette société permette l'exercice d'une profession intellectuelle ou manuelle, qu'elle fasse appel à des connaissances particulières ou non. Elle peut relever du domaine commercial, artisanal, industriel ou agricole. La société est qualifiée de société professionnelle grâce à ce seul critère fonctionnel¹¹⁴.

¹⁰⁸ Il convient notamment de distinguer nettement cette approche de celle devenue classique en droit de la responsabilité et droit de la consommation. Pour une étude sur la notion de professionnel vue sous cet angle d'opposition professionnel/profane, v. LEROY (M.) *Contribution à la notion de professionnel*. Thèse Toulouse I, 1995.

¹⁰⁹ V. définition donnée par le Petit Robert, v^o profession.

¹¹⁰ Le métier comporte des activités exigeant des connaissances techniques approfondies, un jugement alerte et une bonne adresse.

¹¹¹ En ce sens, v. également le Grand dictionnaire terminologique, note sous v^o Métier.

¹¹² Le Petit Robert v^o profession, sens 2. On raisonne en terme de carrière ou de situation.

¹¹³ La langue anglaise donne à ce mot le sens de métier à caractère intellectuel ou artistique conférant un certain prestige à ceux qui l'exercent V. en ce sens le Grand dictionnaire terminologique, note ss v^o profession. Cette même dérive affecte le nom et l'adjectif « professionnel » qui, au départ, servent à désigner ou qualifier la personne de métier, le spécialiste, par opposition à l'amateur. L'anglicisme se retrouve dans la mesure où on considère encore qu'il s'agit de désigner des personnes dont les études supérieures leur permettent d'exercer pour leur propre compte ou le compte d'autrui une activité à caractère intellectuel ou technique. On devrait lui préférer le terme « spécialiste ».

¹¹⁴ Il est regrettable que l'expression soit souvent prise dans une acception plus restreinte. Les sociétés professionnelles sont souvent opposées aux sociétés agricoles ou sociétés commerciales. On considère alors qu'elles sont constituées entre des personnes physiques exerçant une profession libérale réglementée. Il y a, là encore une dérive anglo-saxonne, dans la mesure où le professionnel libéral s'entend généralement de la personne qui effectue un travail à caractère intellectuel sans lien de subordination et sans caractère commercial ou spéculatif de la rémunération. Les idées de connaissances poussées et de rémunération supérieure apparaissent à nouveau. Pour une étude de la profession libérale, v. SAVATIER (J.) *Étude juridique de la profession libérale*. Thèse Poitiers, 1946, L.G.D.J., 1947. *Adde* pour les sociétés de professions libérales : FRANSES (P.) *L'exercice sous forme sociale et en groupe des professions libérales*. Thèse, Nice, 1997.-

Une acception limitant les sociétés professionnelles à des sociétés exerçant une profession intellectuelle a été entretenue par le clivage entre sociétés civiles et sociétés commerciales¹¹⁵. Seule la Société Civile Professionnelle (S.C.P.) semblait satisfaire l'organisation des professionnels libéraux. Les sociétés d'exercice libéral (S.E.L.) refondent les genres. En effet, ce sont des sociétés de forme commerciale pour l'exercice d'activités quelquefois civiles. Il s'agit d'une société apte à favoriser l'exercice d'une profession quelle que soit sa nature (commerciale, agricole ou libérale)¹¹⁶. Cette unification milite en faveur d'une définition large de la société professionnelle, c'est-à-dire toute forme de société servant à un individu à exercer sa profession de manière autonome¹¹⁷.

514- La société tire précisément son enrichissement des compétences de ce professionnel. La distinction que suggère le terme « sociétés professionnelles » ne peut pas s'intégrer dans la vieille classification sociétés de capitaux et sociétés de personnes. Les sociétés professionnelles semblent emprunter leurs structures aux deux formes juridiques¹¹⁸. Elles s'incluent donc dans la catégorie plus large des sociétés entrepreneuriales, puisqu'il s'agit d'une société servant à mettre en œuvre une activité, mais elles se distinguent des sociétés industrielles¹¹⁹. Ces dernières tirent, en effet, leurs bénéfices d'un ensemble d'opérations qui vont donc concourir à la production et la circulation des richesses, mais s'opposent à des activités agricoles, artisanales, commerciales ou libérales, qui tirent leur richesse du travail des associés, sans reposer sur un cycle industriel¹²⁰.

515- L'esprit des sociétés professionnelles est finalement assez proche des sociétés ouvrières et notamment coopératives. Elles partagent les idées de partenariat et de mise en

MAURY (F.) *L'exercice sous la forme d'une société d'une profession libérale réglementée*. Thèse P.U.A.M. 2000.- LYON-CAEN (G.) *L'exercice en société des professions libérales en droit français*. D. 1975, p. 48.

¹¹⁵ Les sociétés agricoles semblant constituer une catégorie spécifique, en raison de leur forte imprégnation par le droit rural.

¹¹⁶ Voilà encore un exemple de réunion pour la diversité.

¹¹⁷ La société professionnelle ne doit pas se confondre avec la société permettant d'avoir un emploi, car toute société est susceptible de fournir un emploi. Ainsi, même certaines sociétés patrimoniales emploient parfois des gérants extérieurs, des salariés, etc.

¹¹⁸ Le législateur semble favoriser considérablement l'accès aux capitaux pour des associés devant développer par nature un fort *intuitus personae*.

¹¹⁹ Ces dernières ne fondent pas leur enrichissement sur les qualités d'un professionnel, mais sur un ensemble d'activités économiques ayant pour objet l'exploitation de matières premières, de sources d'énergie et leur transformation, ainsi que celle de produits semi-finis en biens de production ou de consommation. V. Le Petit Robert. V° industrie, sens II, 1 et 2.

¹²⁰ V. également en ce sens Le Petit Robert. V° industriel, qui donne ces mots comme contraires.

commun de compétences différentes¹²¹. Mais s'agissant des sociétés professionnelles, la structuration sociétaire d'une part (A) et les valeurs sociétaires d'autre part (B) jouent un rôle plus efficace dans la constitution de patrimoine.

A – Le rôle de la structure sociétaire dans la patrimonialisation de la force de travail

516- Les sociétés professionnelles jouent un rôle caractéristique en terme de patrimonialisation de la force de travail. En réalité, il s'agit de la question de l'intérêt patrimonial d'un professionnel à se mettre en société. Il est admis que la société est une structure adéquate pour organiser le partenariat¹²². C'est d'ailleurs historiquement son premier dessein. Elle structure les organisations collectives. Il est encore souligné la meilleure rentabilité¹²³ ou encore l'intérêt d'intégrer des moyens complémentaires et d'apporter des connaissances techniques spécifiques¹²⁴. Ces critères répondent à des considérations d'organisation de l'exercice en commun d'une profession¹²⁵, et non du patrimoine.

La considération de l'intérêt patrimonial n'est pas inexistante. En effet, le projet intègre forcément l'idée qu'à chaque partenaire est attaché un patrimoine personnel profitant de cette association, car il en percevra les fruits. Aussi bien le GAEC pour des agriculteurs, qu'une S.C.P. pour des médecins ou avocats ou encore une S.A.R.L. pour un commerçant constituent une structure permettant la constitution d'un patrimoine pour chacun des partenaires. De même, le projet intègre forcément l'idée de séparation des patrimoines affectés, et le souci de leur protection¹²⁶.

517- Affirmer que la société permet de « patrimonialiser » la profession est encore une autre étape. En effet, certains auteurs ont remarqué que la mise en société permet de faire prendre corps à l'activité, parfois même d'exercer purement et simplement la profession, et

¹²¹ V. *supra* à propos de sociétés coopératives.

¹²² COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 31.

¹²³ Cette notion de rentabilité a pénétré même le secteur libéral. V. FRANCES (P.) *Op. cit.*, n° 13 et s.

¹²⁴ Le travail se spécialise de plus en plus et un seul individu ne peut plus maîtriser tous les aspects d'une même profession libérale par ex., v. FRANCES (P.) *Op. cit.*, n° 20.

¹²⁵ Et notamment à l'organisation des relations entre ces différents professionnels. Il convient d'ailleurs de rappeler que l'organisation peut intéresser des personnes aux professions différentes. V. par ex. les sociétés abritant différentes professions paramédicales (infirmier, masseur-kinésithérapeute, pédicure-podologue, etc.)

¹²⁶ V. sur ce point, *supra* n° 143 et s.

donc de la valoriser et l'intégrer dans le patrimoine¹²⁷.

Plusieurs exemples peuvent illustrer cette appréciation.

L'exercice de certaines professions à titre indépendant nécessite, en effet, l'apport de fonds personnels importants. Ainsi en est-il de certaines professions juridiques ou de santé. L'acquisition d'un office notarial rentable, d'une officine de pharmacie, ou dans une moindre mesure d'un cabinet de radiologie, est très coûteuse. Un diplômé sans fortune personnelle ne peut pas envisager de s'installer seul et donc d'exercer sa profession. La mise en société de l'activité permet l'association à plusieurs et l'intégration, à moindres frais, de débutants. La force de travail qui jusque là devait être exercée sous la forme salariée non évaluable se « patrimonialise » grâce à l'accueil dans la structure sociétaire. Les coûts d'installation sont partagés¹²⁸. La crédibilité au niveau du financement y gagne également¹²⁹. L'exploitation sous forme sociétaire crée un sentiment de plus grand professionnalisme. La pluralité de débiteurs possibles, leurs compétences cumulées, voire leur complémentarité, sont autant de garanties pour un prêteur ou un investisseur¹³⁰. Le prêteur pourra envisager de prendre un nantissement sur les valeurs sociétaires¹³¹. Une même garantie est certes possible sur un fonds de commerce, mais pas sur un fonds libéral ou un fonds agricole. Le législateur est d'ailleurs conscient de ce besoin de financement pour l'exercice de la force de travail. La loi portant création des S.E.L., en 1990, avait notamment pour objectif d'offrir la possibilité de

¹²⁷ V. notamment FRANSES (P.) *Op. cit.* p. 176 et s. Pour cet auteur, la société permet de *patrimonialiser* « l'entreprise libérale ».

¹²⁸ Le jeune professionnel peut également s'adjoindre dans des conditions financières intéressantes à une équipe préexistante. La mise en société lui permet d'acquérir progressivement sa participation avec une cession échelonnée des parts sociales. Ce montage s'observe fréquemment. Il est particulièrement illustré par le GAEC qui constitue par excellence la société permettant au jeune agriculteur « de mettre un pied à l'étrier ». L'association est d'ailleurs souvent familiale et se double d'un objectif de transmission du patrimoine (sur ce point v. *supra* n° 379).

¹²⁹ REMOND-GUILLOUD (M.) *L'avenir du patrimoine. Esprit*. Novembre 1995, p. 59. « Ainsi patrimonialisée, la chose intègre la sphère marchande : pourvue d'une valeur pécuniaire, elle peut (...) garantir des dettes (...). »

¹³⁰ Récemment, la *start-up* a bien illustré ce phénomène. La créativité des jeunes diplômés a été crédibilisée par la forme sociétaire, parfois à outrance. En cas de réussite de la jeune société, leur force de travail était immédiatement *patrimonialisée* par la valeur que prenait la société et ses parts ou actions. La *start-up* a prouvé que la seule force de travail pouvait être valorisée par la société en insistant sur la dichotomie entre financement et savoir-faire. La dissociation entre les investisseurs et les porteurs du projet est la clé permettant l'exercice de la profession. Chacun reçoit en contrepartie de son apport une quote-part du capital social, laquelle se valorisera en cas de réussite. La valorisation de la participation au sein de la société sera d'autant plus décuplée que la société sera cotée ou non. Sur ce point, v. *infra* n° 532 et s. Pour l'investisseur, c'est un mode de fructification de son patrimoine.

¹³¹ Le nantissement des parts de sociétés civiles, par exemple, est organisé par l'art. 1866 C. civ. Le nantissement est nécessairement écrit (acte authentique ou sous seing privé) et signifié à la société. L'opposabilité du nantissement est subordonnée à une publicité au registre du commerce et des sociétés. Quant aux valeurs mobilières, depuis la réforme de la loi du 2 juillet 1996, le nantissement porte sur un compte d'instrument financier. V. sur ce point : THERY (P.) *Sûretés et publicité foncière*. PUF, 1998, n° 247.

concentrer les capitaux afin d'exercer une profession¹³².

Le paradoxe est entier : leur force de travail ne peut donc s'exercer indépendamment¹³³ qu'en s'associant.

518- La technique sociétaire patrimonialise la force de travail tant par rapport à l'activité salariée que par rapport à l'activité indépendante.

Par rapport au contrat de travail, l'avantage de la société quant la constitution de patrimoine est net. Le contrat de travail n'est pas un élément du patrimoine. Il ne constitue pas ce patrimoine. Il l'alimente seulement *via* les rémunérations qu'il octroie. Au contraire, la même profession exercée sous forme sociétaire donne lieu à l'attribution de valeurs sociétaires, qui sont des biens, évaluables et intégrant le patrimoine du professionnel en sus des dividendes auxquels elles donnent droit.

519- L'avantage par rapport au développement de l'activité indépendante est moins évident. En effet, le fonds de commerce, par exemple, peut être cédé au même titre que des parts de S.A.R.L. Ses éléments constitutifs intègrent le patrimoine. On assiste pareillement à l'émergence d'un fonds libéral avec une reconnaissance de la valeur de la clientèle¹³⁴. Les atouts de la structuration sociétaire sont la séparation des patrimoines, le mode de détention du patrimoine susceptible de concentrer le pouvoir et la multitude des combinaisons de cession par la fragmentation qu'opèrent les parts ou actions¹³⁵. L'ensemble participe à la valorisation du patrimoine.

¹³² V. notamment en ce sens : MERLE (Ph.) *Op. cit.*, n° 10 - COZIAN (M), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 1605 - RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Op. cit.*, n° 2074

¹³³ C'est-à-dire sans la subordination inhérente au contrat de travail.

¹³⁴ Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000. Bull. civ. I, n° 283 D. 2001, 2400, note AUGUET (Y.) ; J.C.P. 2001, II, 10452, note VIALLA (F.) ; Defrénois 2001, p. 431, note LIBCHABER (R.) ; Contrats, concurrence et consommation 2001, comm. 18, note LEVENEUR (L.) ; R.T.D. civ. 2001, p. 167, obs. REVET (Th.) ; SERRA (Y.) L'opération de cession de clientèle civile après l'arrêt du 7 novembre 2000 : dorénavant, on fera comme d'habitude. D. 2001, p. 2295 ; MIRTIN-GUILHAUDIS (Y.) et RAFFRAY (J.-G.) La cession des clientèles libérales : une question réglée ? J.C.P. éd. N. 2003, 1483.- V. encore pour : FERRE-ANDRE (S.) De la patrimonialisation à la commercialisation des clientèles civiles. R.T.D. civ. 1995, p. 565.- Pour la situation antérieure à l'arrêt, v. CHANIOT-WALINE (M) La transmission des clientèles civiles. L.G.D.J., 1994, notamment n° 93 s'agissant de la patrimonialité de la clientèle.- Sur le fonds libéral : v. DAIGRE (J.-J.) Du fonds libéral en général. In *Etudes Sayag*, 1997, préc. ; Une révolution pour les professions libérales : la consécration du fonds libéral J.C.P. éd. N. 2001, 3 1235 ; VIALLA (F.) Les contrats du fonds libéral. Dr. et patrimoine, septembre 2002, n° 107, p. 32 ; L'introduction du fonds libéral en droit positif français. Litec, 1999.

¹³⁵ V. sur ce point *supra* première partie titre 2.

520- En réalité, la société a surtout comme qualité « d'autonomiser » la force de travail et ses composantes (compétences, savoir-faire, etc.) par rapport au professionnel.

Les qualités de l'homme sont incarnées par la valeur sociétaire. La preuve de cette allégation réside dans la notion d'agrément présente dans toute société professionnelle. L'acquisition des valeurs sociétaires est subordonnée à la confirmation des aptitudes du cessionnaire¹³⁶. Ainsi objectivées, elles sont pérennisées et survivent à leur auteur. L'acquéreur de parts sociales d'une S.C.P. recueille les fruits de la compétence de son prédécesseur. La clause d'agrément, qui pourrait constituer un frein à la cessibilité et donc la valorisation des parts, joue en fait le rôle de garantie de continuité de cette compétence.

Plus que la structure sociétaire¹³⁷, c'est donc la valeur sociétaire qui est la manifestation la plus explicite de la patrimonialisation de la force de travail dans les sociétés professionnelles.

B – Le rôle des valeurs sociétaires dans la patrimonialisation de la force de travail

521- La patrimonialisation de la force de travail est particulièrement vérifiée s'agissant des parts en industrie (1). Un bilan peut ainsi être dressé des apports de la technique sociétaire, et particulièrement des valeurs sociétaires, au patrimoine (2).

1 – Le cas des parts représentatives d'un apport en industrie

522- La spécificité des valeurs sociétaires dans une société professionnelle est attachée à la nature de l'apport qui a causé leur émission. L'apport est un transfert de valeur à la société. Il s'agit d'affecter à l'activité sociale, une somme d'argent, la propriété ou la jouissance d'un bien, une force de travail, son industrie, en contrepartie desquels l'apporteur reçoit des parts

¹³⁶ Diplômes, expérience professionnelle, etc. Par exemple, pour être expert-comptable, il convient de justifier notamment d'un diplôme. Les examens conduisant au diplôme d'expertise comptable sont réglementés par un décret (D. n° 88-80, 22 janvier 1988 : J.O. 24 janvier 1988.) et un arrêté (Arrêté du 4 août 1997. J.O. 21 septembre 1997). L'opticien-lunetier doit justifier lors de son installation d'un diplôme spécialisé ou d'une expérience professionnelle (art. L. 4362-1 et s. C. santé publ.) L'ouverture d'une auto-école ne peut se faire qu'en étant titulaire du brevet pour l'exercice de la conduite automobile et de la sécurité routière (BEPECASER), délivré par le préfet (art. R. 212-1 à R. 212-4 C. route (nouv.) S'agissant d'activités de commerce réglementées, v. dict. perm. droit des affaires, fasc. Commerces et activités réglementées.

¹³⁷ Qui permet d'intégrer la force de travail au patrimoine.

ou actions soumises aux aléas de la société¹³⁸. L'apport est nécessaire pour obtenir des valeurs sociétaires, qui en sont la rémunération, mais il peut prendre une forme variée. Les apports en numéraire et en nature supposent la détention préalable de la valeur dans le patrimoine de l'apporteur. Le numéraire ou les biens quittent le patrimoine de l'apporteur pour intégrer celui de la société. Il n'y a pas là véritablement constitution de patrimoine pour l'apporteur du fait de l'obtention de titres sociaux en contrepartie, puisqu'en valeur absolue, au moment de l'apport, son patrimoine personnel conserve la même valeur. Seule sa composition évolue avec le remplacement du numéraire ou des biens par des valeurs sociétaires¹³⁹. En revanche l'apport en industrie n'était pas comptabilisé au patrimoine personnel de l'apporteur.

523- Il y a apport en industrie lorsqu'un associé met à la disposition de la société son travail ou ses services. Il a engagement de travailler pour la société¹⁴⁰. Prestations uniques ou successives, il peut s'agir de sa force de travail, ses compétences, voire son influence¹⁴¹. S'il est vrai que ce type d'apport est rare - ce type d'engagement relève davantage du contrat de travail ou d'entreprise que de l'association -, il n'en reste pas moins que le recours à l'apport en industrie peut présenter des avantages. C'est le cas lorsque la volonté de collaborer sur un pied d'égalité à une œuvre commune existe¹⁴² mais que les apports de départ manquent à l'un des associés¹⁴³. Contrairement au contrat de travail, la servitude de l'associé est davantage envers la société qu'envers ses associés, puisqu'il doit tenir compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport¹⁴⁴. L'apport en industrie est rémunéré par l'attribution de valeurs sociétaires ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes¹⁴⁵. L'apporteur en industrie perçoit donc une rémunération de sa force de travail *via* les résultats et l'actif net de la société¹⁴⁶. Il se constitue ainsi des revenus alimentant le patrimoine. Mais l'apport en industrie ne concourt pas à la formation du

¹³⁸ LAMY sociétés commerciales, n° 228.

¹³⁹ V. toutefois l'aptitude de la société à faire fructifier le patrimoine, *infra* chapitre 2.

¹⁴⁰ RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Op. cit.*, n° 1056-50.

¹⁴¹ Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1997. Bull. Joly 1997, p. 992, note DAIGRE (J.-J.) Encore faut-il que cette influence ait une consistance réelle et soit licite.

¹⁴² Ce type d'apport pourrait également représenter une solution au problème soulevé par la rémunération du « salarié-inventeur ». En effet, sa rémunération selon le contrat de travail ne couvre pas la cession de la propriété des inventions et œuvres qu'il a faites. V. POLLAUD-DULIAN (F.) Propriétés intellectuelles et travail salarié. R.T.D. com. 2000, p. 273 et s. et spécialement p. 292.

¹⁴³ Sur la discussion ouverte à propos de l'intérêt d'autoriser les apports en industrie dans une S.C.P. au moment du vote de la loi, v. notamment FRANCES (P.) *Op. cit.*, n° 319 et s.

¹⁴⁴ Art. 1843-3 C. civ.

¹⁴⁵ Art. 1843-2 C. civ.

¹⁴⁶ S'il est prévu par l'art. 1844-1 C. civ. que la rémunération de parts de l'apporteur en industrie se détermine par référence à celui des autres apporteurs qui a le moins apporté, toute clause contraire des statuts peut y déroger.

capital social¹⁴⁷, et les parts qui en sont représentatives sont intransmissibles. Très logiquement, cette règle se justifie par le caractère *intuitu personae* des parts et leur libération continue et successive. Si l'apporteur en industrie se retire avant la dissolution de la société, ses parts seront annulées. Ayant vocation au partage de l'actif net, il conviendra de prévoir son indemnisation en fonction des réserves existantes, ce que les statuts de la société organisent la plupart du temps. Le bilan législatif du statut de l'apporteur en industrie est que la technique sociétaire lui propose un mode de constitution de patrimoine, mais dont les avantages, par rapport à un contrat de travail doublé d'un intéressement aux bénéfices, ne sont pas à proprement parler pécuniaires. Les parts en industrie offrent seulement une rémunération sur les bénéfices. C'est davantage l'esprit d'association et le statut recherché par l'apporteur qui déterminent ce choix. Le cas s'illustre notamment dans les sociétés regroupant des professionnels libéraux¹⁴⁸. Ces derniers peuvent développer les uns par rapport aux autres des compétences particulières¹⁴⁹. Les relations entre associés de S.A.R.L. se prêtent également bien à la prise en compte de la force de travail dans l'attribution des droits sociaux¹⁵⁰. En validant les apports en industrie dans ce type de société, le législateur reconnaît l'importance du savoir-faire¹⁵¹. L'intransmissibilité des valeurs sociétaires obtenues empêche de songer au gain qui pourrait résulter d'une plus-value ou même de comptabiliser la valeur de la part dans le patrimoine de l'apporteur, puisqu'en cas de départ, elle a vocation à être annulée. La valeur sociétaire proprement dite ne semble pas contribuer à la constitution de patrimoine.

¹⁴⁷ Un tel apport est difficilement évaluable tout comme la force de travail. C'est la raison pour laquelle, il était par principe prohibé dans les sociétés où la responsabilité est limitée au capital comme les S.A.R.L., les S.A., les S.C.A. et les S.E.L. Pour le cas particulier de ces dernières sociétés et l'ambiguïté d'interdire l'apport en industrie dans les sociétés normalement vouées à l'exercice en commun d'une profession. V. NORMAND (P.-E.) Réflexion sur la place des apports en industrie dans les sociétés de capitaux d'exercice libéral. J.C.P. éd. N. 1990, p. 282.

¹⁴⁸ Par exemple, le jeune notaire disposant d'un capital de départ insuffisant mais de connaissances spécifiques en gestion « des grosses fortunes » fera tout à la fois un apport en numéraire et un apport en industrie, afin d'améliorer son statut.

¹⁴⁹ V. également art. 223-7 C. com. : Dans son deuxième alinéa, il est désormais prévu que les statuts peuvent déterminer les modalités dans lesquelles des parts en industries peuvent être souscrites. Avant la loi N.R.E. du 15 mai 2001, l'apport en industrie était normalement exclu dans les S.A.R.L. La loi prévoyait toutefois une exception s'agissant de favoriser l'exercice par deux époux d'une activité commerciale ou artisanale. Cette dérogation permettait une collaboration sur un pied d'égalité des deux époux. (V. ancien art 38 al. 2 de la loi du 24 juillet 1966).

¹⁵⁰ V. en ce sens les observations de F.-X. LUCAS *in* Dr. sociétés hors-série août-septembre 2001, n° 126, p. 19.

¹⁵¹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques. V. VIANDIER (A.) *Op. cit.*, n° 501 et s. - A propos des apports en industrie possibles dans les S.A.R.L. depuis la loi N.R.E. v. encore MONNET (J.) *Dr. sociétés* avril 2002, comm. 66, p. 23.

524- Il faut toutefois envisager, d'abord, la question de la *distribution de parts gratuites suite à une capitalisation de réserves*. La question peut se poser de savoir si les titulaires de parts en industrie peuvent prétendre à l'attribution de parts gratuites à la suite d'une capitalisation de réserves (réserves constituées au moyen des bénéfices non distribués par exemple). Aucune réponse n'est fournie par les textes, mais il semble bien que ce droit pourrait se fonder sur la vocation au partage des bénéfices et de l'actif net de l'apporteur en industrie¹⁵². La détention de parts en industrie présente alors un nouvel intérêt, puisqu'elles permettent l'attribution, à un certain terme, de parts sociales ordinaires, fraction du capital social. Cette potentialité est d'importance puisque les parts ordinaires seront évaluées dans le patrimoine de l'apporteur. Il pourra ainsi en disposer : elles sont transmissibles. Il y a là, peut-être, une résurgence de l'esprit qui animait les parts de fondateurs, lesquels sans avoir fait d'apport se voyaient reconnaître des droits sur les bénéfices pour les services rendus lors de la constitution de la société et qui bénéficiaient à certaines conditions de la possibilité de voir leurs parts converties en actions¹⁵³.

525- Ensuite, dans le même ordre d'idée, la question des *modalités d'incorporation au capital social des réserves constituées au moyen des plus-values d'actif dues à l'industrie des associés* s'est posée. La jurisprudence a eu récemment l'occasion de se prononcer sur ce point¹⁵⁴. Deux huissiers avaient constitué une S.C.P. en réalisant des apports en nature assez déséquilibrés et des apports en industrie. Après quelques années d'exploitation, l'associé minoritaire demande à ce que les plus-values d'actif résultant de l'industrie soient incorporées au capital social, et que les parts en résultant soient réparties entre eux. Cela concernait tout particulièrement la plus-value prise par le droit de présentation apporté par l'un des associés. Cela modifiait l'équilibre des participations puisque l'associé minoritaire passait de 0,99 % à 26,32 % ! L'associé majoritaire ayant bloqué la réalisation de cette opération, le minoritaire se tourna évidemment vers les juridictions judiciaires afin d'obtenir satisfaction. Il se trouve que les modalités d'intégration au capital social de ces réserves sont habituellement régies par des dispositions spéciales en fonction de l'activité professionnelle. La Cour de cassation devait donc appliquer en l'espèce les réglementations propres à la profession d'huissier. Elle décide que l'augmentation de capital visée par le décret intéressant cette profession a un caractère

¹⁵² V. en ce sens, LAMY sociétés commerciales, n° 244.

¹⁵³ Loi du 23 janvier 1929 modifiée par la loi du 24 juillet 1966. V. notamment art. 7 et s. Actuellement art. 210-8 C. com.

¹⁵⁴ Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1998. R.T.D. com. 1999, p. 457 et également p. 110, obs. CHAMPAUD (Cl.) et DANET (D.), J.C.P. éd. E. 1998, jp, p. 1736, obs. DAIGRE (J.-J.).

automatique et que les statuts ne peuvent la rendre facultative. Tout au plus peuvent-ils fixer les conditions d'application du texte.

Les associés d'une S.C.P. sont donc particulièrement intéressés par cette décision qui modifie considérablement la vie de ces sociétés professionnelles. Dans l'exercice d'une activité libérale, la participation de tous les associés est à l'origine des résultats et des plus-values d'actif professionnelles. Il conviendra donc d'envisager périodiquement une modification du capital social qui aura une incidence sur la répartition des bénéfices pour tous les associés, y compris les apporteurs en industrie. La solution est stimulante pour l'apporteur en industrie qui se voit enfin récompensé par l'octroi de droits sociaux ordinaires de son investissement personnel¹⁵⁵ dans la croissance de l'activité¹⁵⁶. La solution est également conforme à l'esprit de collaboration égalitaire pour l'exercice de la profession¹⁵⁷.

L'apport en industrie s'élève donc de la dépendance hiérarchique sous-jacente inhérente à sa nature. Les auteurs ont salué cette décision conforme aux compétences et expériences des professionnels et aux risques réels pris¹⁵⁸. Il convient toutefois de prendre garde à une élaboration des statuts opportune, car en pratique, une rédaction habile peut limiter l'impact financier et la prise de participation de l'apporteur en industrie, en limitant la distribution de parts à une certaine proportion¹⁵⁹. En théorie, le principe posé par cet arrêt reste toutefois favorable à une nouvelle vision de l'association du capital au travail¹⁶⁰ et démontre une nouvelle fois que la société peut contribuer à la constitution de patrimoine.

¹⁵⁵ Pour reprendre l'hypothèse du salarié-inventeur, ses parts en industrie étant à l'origine des plus-values d'actif dégagées par la société, il pourrait percevoir des droits sociaux ordinaires enfin représentatifs de ce qu'il a inventé, créé. Sa force de travail serait justement rémunérée et il pourrait obtenir une forme de propriété sur son œuvre. Le droit de propriété intellectuelle serait reconnu par le biais d'actions ordinaires, ce système laissant à la seule société la réelle propriété de l'invention.

¹⁵⁶ La société reste toutefois imprécise quant à la clé de répartition entre associés des parts nouvelles. Si certains décrets le précisent, d'autres restent muets et les statuts de la société peuvent eux-mêmes être défailants. V. sur ce point : DAIGRE (J.-J.) Art. préc., spécialement p. 1739.

¹⁵⁷ Évidemment, la distribution de nouveaux droits sociaux sera parfois source de tension. Il est possible que l'industrie d'un associé contribue parfois seule à la plus-value, qui sera néanmoins partagée entre tous. On ne peut pas nier non plus les difficultés relationnelles que cela induit dans la société, lorsque tous les associés ne travaillent pas avec la même assiduité, la même intensité. L'effet pervers d'un tel arrêt est souligné par les auteurs. V. notamment : GUYON (Y.) *Les apports en industries dans les S.C.P.*, Defrénois 1999, art. 36918.

¹⁵⁸ Toute participation à une nouvelle aventure *entrepreneuriale* comporte des risques. L'observation vaut également pour les salariés. Le premier risque est celui de la perte d'emploi ou d'activité.

¹⁵⁹ Les effets pervers de ce mécanisme se retourneraient alors contre les apporteurs en industrie voués à disparaître. GUYON (Y.) Art. préc., n° 9 et s.

¹⁶⁰ Certains auteurs la rattachent même à la troisième voie située entre les conceptions doctrinaires ultra-libérales et marxistes. V. note CHAMPAUD (C.) et DANET (D.), préc. D'autres soulignent le relief donné au caractère professionnel de ces sociétés : v. DAIGRE (J.-J.) Art. préc., et également : S.C.P. : l'associé en industrie est un associé en capital en puissance. Bull. Joly 1998, § 349, p. 1131.

526- Enfin, s'agissant des parts en industrie, il faut envisager le cas du *droit de retrait*. Il est toujours possible pour l'associé d'une société civile de se retirer de la société¹⁶¹. Cette faculté de retrait peut être aménagée par les statuts. L'article 21 de la loi du 29 novembre 1966 relative aux S.C.P.¹⁶² prévoit que dès lors que l'associé le demande, la société doit, soit acquérir ses parts, soit les faire acquérir par un tiers ou un associé. La règle se limite toutefois aux parts représentatives du capital social. Les parts en industrie sont en principe incessibles et la question peut se poser de savoir si le retrait de l'associé peut donner lieu à indemnité. Compte tenu de l'économie du système de l'apport en industrie, il semblerait logique que leur annulation ne donne lieu à aucune indemnité. Néanmoins, il est parfois constaté que les effets positifs de l'activité développée par l'apporteur en industrie perdurent après son départ¹⁶³. Une clause statutaire pourrait donc fixer un mode d'indemnisation de l'apporteur en industrie en cas de retrait¹⁶⁴. Cette possibilité est encore une illustration de l'impact patrimonial de la technique sociétaire sur la force de travail.

La jurisprudence comme la liberté contractuelle permettent à la force de travail traduite par les parts en industrie de générer des parts représentatives du capital social. Si le législateur est venu élargir par la loi du 15 mai 2001 le champ d'application des parts en industrie¹⁶⁵, c'est aussi un signe de l'intérêt porté à la nécessaire traduction de la force de travail dans les sociétés. Les valeurs sociétaires ainsi attribuées constituent le patrimoine. Un bilan est possible de l'enrichissement *ex nihilo* procuré par les sociétés professionnelles.

2 – Le bilan de l'enrichissement *ex nihilo* par les sociétés professionnelles

527- Le nouveau regard posé sur la force de travail a bouleversé les modes de constitution du patrimoine. Le bilan de l'esprit participatif n'est véritablement positif qu'en termes financiers. Le travail reste tourné vers l'abondance, c'est-à-dire l'enrichissement¹⁶⁶. Les autres fonctions du travail sont négligées¹⁶⁷. La seule valeur qui vaille est celle qui a pour

¹⁶¹ Dans le silence des statuts, l'unanimité est requise mais un juste motif judiciairement prouvé peut le libérer de l'association.

¹⁶² L'objet de ces sociétés rend impensable le maintien forcé de l'associé.

¹⁶³ ENGEL (P.) L'apporteur en industrie dans une S.C.P. a-t-il droit à une indemnité en cas de retrait ? J.C.P. éd. E. 1999, p. 1376. Il a droit d'ailleurs au partage de l'actif net, quote-part du *boni* de liquidation.

¹⁶⁴ On peut même se demander dans quelle mesure cet associé particulier ne serait pas fondé à réclamer son indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

¹⁶⁵ Art. L 223-7 C. com.

¹⁶⁶ Il est comme un tournesol vers le soleil. Le travail assure la richesse recherchée qui semble constituer la ligne d'horizon jamais atteinte MEDA (D.) Une mise en perspective de la valeur travail. Art. préc.

¹⁶⁷ Car en fait, l'économie entière reste profondément marquée par des postulats individualistes et contractualistes du XVIII^e siècle (v. sur ce point : MEDA (D). *Loc. cit.*) La seule augmentation des richesses suffit à occuper et civiliser les individus.

fin l'échange et l'enrichissement individuel¹⁶⁸. La concrétisation du lien travail-enrichissement a toutefois été très progressive. Il s'accélère ces dernières années avec la prise en compte de la créativité du salarié : sa valeur-travail.

A la fin des années 1980, un auteur constatait que « l'on est passé de l'exclusion de l'acteur social, propre au modèle taylorien, à la manipulation de la créativité des salariés, sans que soient remises en cause fondamentalement les relations hiérarchiques traditionnelles et la gestion des ressources humaines (en particulier les rémunérations) »¹⁶⁹.

Au début du XXI^e siècle, la créativité des salariés, plus généralement des professionnels, leur compétence et tout ce qui intègre et compose leur force de travail commencent à être pris en compte au niveau des rémunérations. Cette progression résulte tout à la fois d'une prise de conscience de leur contribution à la richesse de l'entreprise¹⁷⁰ et d'une baisse de la garde des dirigeants et syndicats, jusqu'alors soucieux de garder leur indépendance pour les actions de négociation et contestation. Sociologiquement, cette évolution est notamment due à l'émergence d'un troisième groupe d'intervenants dans l'entreprise : les cadres¹⁷¹. Leurs diplômes, compétences, expériences et savoir-faire¹⁷² justifient particulièrement une prise en compte de leur force de travail, à l'instar des professionnels qui s'installent.

La technique sociétaire permet de le faire. C'est principalement la participation au capital qui le réalise.

528- Dans les sociétés dites professionnelles, émerge donc cette philosophie particulière tenant compte de la participation et de la force de travail. Cette philosophie contribue à la valorisation des compétences et à leur patrimonialisation. L'exemple des parts en industrie est particulièrement explicite. Cette philosophie a vocation à se répandre dans toute société, dès lors que l'activité profite de la force de travail. C'est une nouvelle vision, enfin valorisante, des compétences, que la technique sociétaire met en œuvre efficacement¹⁷³. La force de travail, en donnant vocation à l'attribution de valeurs sociétaires, est « patrimonialisée ».

¹⁶⁸ La vivacité de ce mode de pensée s'observe particulièrement dans les fonctionnements sociaux et économiques nord-américains.

¹⁶⁹ BENOIT-GOYVANIÉ (R.-F.). *Op. cit.*

¹⁷⁰ BENOIT (J.) et YURDIEVICH (D.) *L'entreprise démocratique*. Lyon : chronique sociale, 1994.

¹⁷¹ GAUDU (F.) Les lacunes de la loi du 24 juillet 1966. La participation des salariés. Rev. sociétés 1996, p. 471.)

¹⁷² V. PLOTTON (M.) *L'option du facteur humain par le knowledge management*. Banque avril 2003, p. 67.

¹⁷³ Il aurait été difficile d'imaginer une autre évolution. La force de travail est un mode d'acquisition patrimoniale et la Cour de cassation avait déjà décidé d'attribuer les plus-values de l'indivision à l'indivisaire qui les a procurées par son activité professionnelle. Par analogie, une telle solution en droit des sociétés concernant l'apport en industrie s'imposait. Comment ne pas reconnaître la valeur procurée par la force de travail et ne pas la traduire en capital ? L'originalité en droit des sociétés est que la traduction ne se fait pas qu'en terme de

Force est toutefois de constater que les cadres n'exercent pas majoritairement leur métier au sein de sociétés professionnelles. Ils se définissent par rapport à l'entreprise comme le personnel appartenant à la catégorie supérieure des salariés¹⁷⁴. Ils sont minoritaires dans les sociétés professionnelles car le professionnel associé présente et exerce les mêmes compétences que lui¹⁷⁵. Ces sociétés ayant toutefois vocation à s'agrandir, les cadres pourraient bien les investir¹⁷⁶. A ce jour, l'impulsion qu'ils donnent à la patrimonialisation de la force de travail ne se fait donc pas dans les sociétés professionnelles.

529- Il faut reconnaître que dans les sociétés professionnelles, la concrétisation de l'enrichissement se heurte au problème de l'évaluation lors de la transmission¹⁷⁷. Le patrimoine se constituera, en effet, dans des proportions d'autant plus intéressantes, que les valeurs sociétaires attribuées pourront être cédées facilement et à un prix conséquent. Le cédant concrétise la patrimonialisation de sa force de travail à travers le prix de cession. Or, les sociétés professionnelles sont souvent de petites sociétés, empreintes d'*intuitus personae*. Les clauses d'agrément, l'absence de véritable marché où l'offre et la demande peuvent se rencontrer, sont autant d'obstacles à la mobilité des valeurs sociétaires. La patrimonialisation efficace dépend donc de la négociabilité de la valeur sociétaire.

530- Une prise de conscience de cette réalité affectant les sociétés professionnelles est amorcée par le législateur. Les dernières formes sociales créées, S.E.L. et S.A.S., incarnent l'évolution probable de toute société professionnelle¹⁷⁸. Elles sont adaptées au développement de petites activités et entreprises. Elles recèlent également les ressources nécessaires à une croissance rapide.

Certes, seules les sociétés par actions¹⁷⁹ peuvent émettre des valeurs mobilières, c'est-à-dire des valeurs susceptibles d'être cotées en bourse. Pour être admises à la cotation, il faut

rémunération, mais en terme de capital. On ne se contente pas de percevoir les fruits de son travail, on le mute en capital qui, à son tour, est susceptible de fruits et revenus. L'analyse de Thierry Revet sur la potentialité de la force de travail à créer de la valeur est entérinée. Voilà un exemple où la force de travail traduite en valeur sociétaire devient la propriété de celui qui l'exerce. Elle n'est pas assimilable à un capital mais elle peut constituer du capital.

¹⁷⁴ Le Petit Robert, v° cadre, sens 3.

¹⁷⁵ V. en ce sens la nouvelle convention collective du notariat : les cadres sont titulaires du diplôme de notaire.

¹⁷⁶ C'est d'ailleurs déjà le cas dans les cabinets d'avocats ou les études notariales importants, lesquels sont organisés par services. Ils ont d'ailleurs tendance, à l'instar des experts comptables, à s'organiser sous la forme de groupes. En cela, les sociétés professionnelles se démarquent de plus en plus de l'exercice indépendant.

¹⁷⁷ V. sur ce point, *supra* n° 454.

¹⁷⁸ Les projets de réforme des S.A.R.L. et notamment la modification du régime des parts sociales sont d'autres indices de cette volonté législative.

¹⁷⁹ S.A., S.C.A. et S.A.S.

encore que les valeurs sociétaires ne présentent aucun obstacle à la négociabilité. Ainsi une clause d'agrément dans les statuts y fait obstacle¹⁸⁰.

En multipliant les formes juridiques que peuvent emprunter les sociétés par actions, le législateur encourage toutefois à la négociabilité des valeurs sociétaires. En effet, l'émission de titres négociables est admise dans ces sociétés dernières nées à certaines conditions¹⁸¹.

Toutefois, dès lors que ces sociétés seront marquées par l'*intuitus personae*¹⁸² et incluront des clauses d'agrément, la négociabilité des actions sera réduite. Elles constituent néanmoins un indicateur des préoccupations du législateur en la matière : la prise de conscience de l'importance de la négociabilité.

531- Pour l'instant, les cadres sont majoritairement présents dans les sociétés industrielles¹⁸³ qui émettent des titres négociables. Ils y obtiennent une patrimonialisation de leur force de travail accentuée par la qualité négociable des valeurs sociétaires¹⁸⁴.

La négociabilité décuple les capacités des valeurs sociétaires à constituer du patrimoine.

¹⁸⁰ V. les conditions d'admission aux différents marchés : COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.) *Op. cit.*, n° 1102.

¹⁸¹ La société par actions prend la forme dans cette hypothèse d'une SELAFA, SELAS ou SELCA.

¹⁸² Il y a là un paradoxe important à tenter de concilier proximité et négociabilité, qui ne peut se justifier que par la seule opportunité économique. V. notamment REYGROBELLET (A.) *Op. cit.*, p. 955, n° 973.

¹⁸³ Ces types de sociétés peuvent être des sociétés de personnes, mais le plus souvent elles seront des sociétés de capitaux, car les besoins de financement sont importants.

¹⁸⁴ Car ce sont elles qui vont être la solution à la recherche d'autres formes de rémunération et de récompense de la créativité et l'investissement du salarié dans le projet de l'organisation.

SECTION 2

La constitution de patrimoine par des titres négociables

532- La négociabilité de la valeur sociétaire est un avantage¹⁸⁵ en vue de la constitution patrimoniale. Parmi les différents titres sociaux, seuls quelques-uns sont aptes à réaliser une valorisation du patrimoine de l'individu. Ils ne sont d'ailleurs que les éléments d'un mécanisme qu'il convient, en premier lieu, de décrire (paragraphe 1). Le régime du nouveau patrimoine ainsi constitué est déterminant pour obtenir une valorisation effective (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Le mécanisme de la constitution du patrimoine

533- La constitution de patrimoine suppose de trouver les moyens de réaliser un enrichissement *ex nihilo*. Cet enrichissement repose sur des techniques (A) et sa qualification est discutée (B).

A – Les techniques de l'enrichissement

534- Un outil principal sert cet enrichissement : l'action. Toutefois, elle ne constitue un vecteur efficace de l'enrichissement (1) qu'en mouvement, c'est-à-dire à l'occasion de ses cessions. Les modalités de l'enrichissement (2) reposent sur différentes méthodes d'attribution de l'action.

1 – Le vecteur de l'enrichissement

535- L'action (a) est le point de départ de l'enrichissement. Il se réalise totalement à l'occasion de sa mutation (b).

¹⁸⁵ LUCAS (F.-X.) Art. préc., n° 23 et s.

a) L'action

536- La notion d'action est difficile à cerner. L'action¹⁸⁶ désigne le droit de l'associé dans une société anonyme ou une société en commandite par actions. Il désigne également le titre négociable que représente ce droit, qui est désormais matérialisé par une inscription en compte¹⁸⁷. Elle n'intéresse donc quasi-exclusivement que les sociétés anonymes, et aujourd'hui les S.A.S. La multiplicité des catégories d'actions existantes¹⁸⁸ et les droits concurrents dont elles peuvent faire l'objet¹⁸⁹ rendent difficile l'identification de l'actionnaire¹⁹⁰. Or il faut bien l'identifier pour savoir qui peut se prévaloir de la détention de l'action dans son patrimoine. Cette complexité croissante s'explique notamment par la diversification de ses modes d'acquisition¹⁹¹. Mais *in fine*, l'action ou ses dérivés, dès lors qu'elle représente une valeur cessible, intègre le patrimoine de son titulaire et en constitue un bien¹⁹². Elle a, ainsi, certainement contribué à l'essor de la fortune mobilière¹⁹³ observée depuis la rédaction du Code civil¹⁹⁴.

537- Un débat anime actuellement une partie de la doctrine sur le point de savoir s'il s'agit de biens corporels¹⁹⁵ ou incorporels¹⁹⁶. Les biens corporels sont « les biens qui ont une existence matérielle, sensible : ce sont des corps »¹⁹⁷. A l'inverse, les biens incorporels sont des créations de l'esprit, des constructions sociales ou juridiques qui ne correspondent à aucun

¹⁸⁶ Dictionnaire du vocabulaire juridique, *op. cit.* : « titre négociable des sociétés par actions délivrées aux actionnaires, représentant une fraction du capital social et constatant les droits des actionnaires dans la société ».

¹⁸⁷ MERLE (Ph.) *Sociétés commerciales*. *Op. cit.*, n° 276.

¹⁸⁸ Actions ordinaires, actions de priorité par exemple, v. *supra* n° 330 et s.

¹⁸⁹ Indivision, gage, usufruit pour les droits réels, mais aussi prêt, portage pour les droits personnels, v. *supra* n° 340 et s.

¹⁹⁰ En ce sens, GUYON (Y.) *Avant-propos du Colloque « qu'est-ce qu'un actionnaire ? »* Rev. sociétés 1999, p. 513.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² La majorité des auteurs intègre l'action dans la catégorie des biens. Certains la classent dans la catégorie des contrats négociables. V. notamment : CAUSSE (H.) *Les titres négociables. Essai sur le contrat négociable*. Thèse Montpellier, 1993. L'analyse n'est pas forcément contradictoire avec la qualification de bien si l'on retient que le contrat est un bien. De même, affirmer que l'action est un droit de créance n'est pas incompatible avec sa qualification de bien, bien meuble. V. sur ce point LUCAS (F.-X.) *Retour sur la notion de valeur mobilière*. Bull. Joly 2000, § 185, p. 765, n° 15 et s.

¹⁹³ Laquelle émerveillait RIPERT *In Aspects juridiques du capitalisme moderne*, *Op. cit.*, n° 55

¹⁹⁴ CATALA (P.) *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*. Art. préc., n° 11.- RIPERT (G.) *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. *Op. cit.*, n° 54.

¹⁹⁵ V. en ce sens, MARTIN (D.R.) *De la nature corporelle des valeurs mobilières*. D. 1996, chron., p. 47.- *De l'inscription en comptes d'actifs scripturaux*. D. 1998, chron., p. 15.

¹⁹⁶ V. en ce sens, REYGROBELLET (A.) *La notion de valeurs mobilières*. Thèse Paris II, 1995.- ARCHAMBAULT (A.-L.) *La nature juridique des valeurs mobilières*. Thèse Paris I, 1998.

¹⁹⁷ ATIAS (Ch.) *Droit civil. Les biens*. *Op. cit.*, n° 27, p. 32.

objet matériel¹⁹⁸. C'est la question de l'immatérialité des valeurs sociétaires, et plus généralement des valeurs mobilières, qui est posée¹⁹⁹. Le débat porte essentiellement sur la valeur de l'inscription en compte²⁰⁰ : donne-t-elle une matérialisation à l'action ou n'est-elle qu'un procédé de formalisation ? Il faut distinguer assurément entre les différentes catégories de valeurs mobilières. Leur définition²⁰¹ révèle deux catégories distinctes : celles qui donnent accès à une quotité du capital d'une personne morale émettrice et celles qui donnent vocation à un droit de créance général sur un patrimoine. Il ne fait aucun doute qu'un droit de créance qui suppose un lien établi entre deux personnes, ne peut acquérir de corporalité. Comment matérialiser, si ce n'est artificiellement, un lien personnel²⁰² ? L'inscription en compte, comme l'acte ou le contrat écrits, relève de la forme du droit et non du fond²⁰³. Le droit du souscripteur préexiste à l'inscription en compte, qui n'est qu'une condition de preuve et d'opposabilité à la personne morale émettrice et aux tiers²⁰⁴. Donner une autre valeur à l'inscription en compte serait nier le processus de dématérialisation ou d'*abstractisation*²⁰⁵ engagé pour le bien de la négociabilité²⁰⁶.

538- Toutefois, seuls les droits donnant accès à une quotité du capital d'une société font l'objet de notre étude. Ils prêtent à discussion à plusieurs égards.

Un premier débat peut être d'office écarté. L'argument de l'inscription en compte, pris seul, a aussi peu de portée en ce qui concerne le droit de créance que les valeurs sociétaires.

¹⁹⁸ La distinction existait déjà en droit romain. V. développements consacrés à Gaius par RAMPENBERG (R.M.) Pérennité et évolution des res incorporales après le droit romain. In *Le droit et l'immatériel*. Archives de philosophie du droit, tome 43. Sirey 1999, p. 35.

¹⁹⁹ L'immatérialité ne doit pas mettre en cause la qualification de bien. PIEDELIEVRE (A.) Le matériel et l'immatériel. Essai d'une approche de la notion de bien. In *Les aspects du droit privé en fin du 20^{me} siècle. Études M. de Juglart*. 1986, p. 55 et s.

²⁰⁰ Pour une illustration passionnée du débat, v. MARTIN (D.R.) Valeurs mobilières : défense d'une théorie. D. 2001, chron., p. 1228.

²⁰¹ Art. L 211-2 C. mon. - REIGNE (Ph.) et DELORME (T.) Le Code monétaire et financier et les valeurs mobilières. J.C.P. éd. E. 2001, p. 214.

²⁰² Si l'on accorde, à l'inscription en compte d'une créance, la valeur de matérialiser un droit et d'en faire un bien corporel, il faudrait faire de même de tout acte ou contrat sous seing privé ou authentique, qui constate nécessairement l'établissement de liens d'obligation. Percevoir le contrat comme un bien est la thèse défendue par l'école Mestrienne, mais pas au nom de la matérialité et donc de la corporalité du bien, mais plutôt en raison de l'utilité qu'il procure à un patrimoine et la valeur qu'il y représente, ce qui est un argument autrement plus convaincant. Parler de corporalité du contrat, dès lors qu'il est couché sur papier, est artificiel.

²⁰³ A suivre ce type de raisonnement qui qualifie sur des indices de pur fonctionnement, on peut se demander quelle valeur d'autres formalités confèrent. V. sur ce point : LUCAS (F.-X.) Art. préc., n° 22, notamment quelle valeur donner à l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

²⁰⁴ V. également en ce sens. LUCAS (F.-X.) Art. préc., n° 21.

²⁰⁵ Ce néologisme, qui correspond à l'expression « rendre abstrait », fait allusion aux réflexions de Messieurs Reygrobelle et Le Nabasque dans leur article précité concernant l'inscription en compte.

²⁰⁶ Il s'agit justement d'alléger le formalisme par la *scripturation*.

Sa valeur purement formelle est la même, et cet argument ne suffit pas à militer en faveur de la corporalité du titre social²⁰⁷.

Admettre, en revanche, que l'on a sur la valeur sociétaire un droit réel pourrait induire en erreur et conduire à penser que les droits sociaux sont des biens corporels²⁰⁸. Toutefois, il ne faut pas confondre matérialité et réalité. Le droit réel porte en effet sur un bien incorporel. Si cette affirmation ne s'impose pas au raisonnement, c'est que l'immatériel pose toujours problème dans le domaine des droits réels, car ces derniers se définissent à partir de leur objet et leur exclusivité²⁰⁹. Certains juristes voient dans l'extension du réel à l'immatériel un dévoiement des concepts, notamment de propriété, un abus de langage, issu d'une paresse de raisonnement²¹⁰. La valeur sociétaire n'a pas de corps, de matérialité. L'abstraction par la valeur fait que le titre qui est représentatif de cette valeur peut, même immatériel et nourri par l'ambiguïté de sa position charnière entre le droit des contrats et le droit des biens, être un bien intégrant le patrimoine²¹¹.

b) La mutation de l'action

539- L'action est une source d'enrichissement du patrimoine de l'actionnaire à différents égards. Elle donne droit à un dividende, c'est-à-dire une part des bénéfices que la société distribue, payable soit en numéraire, soit en actions. Ce dividende est plus ou moins conséquent. Il est certain que dans les sociétés de famille, l'action rémunère peu. L'actionnaire double souvent sa qualité de celle de dirigeant ou salarié et se voit rétribué de cette manière. En revanche, dans les sociétés cotées, un versement régulier des dividendes est le plus souvent opéré afin d'assurer la stabilité de l'actionnariat. Le rendement des actions n'est pourtant pas assez significatif²¹² et assuré pour s'en tenir à cette seule source d'enrichissement. Ainsi, il est davantage tenu compte d'une forme de « rémunération différée », comme la plus-value que l'actionnaire tire de la cession de ses titres.

540- A l'occasion de la cession des titres, l'opportunité de créer un enrichissement

²⁰⁷ Ainsi, ce n'est pas l'acte authentique de vente d'immeuble (le titre de propriété) qui est le facteur de la corporalité d'un immeuble.

²⁰⁸ Il a été démontré *supra* n° 278 et s. que l'associé a un droit réel sur sa valeur sociétaire.

²⁰⁹ CATALA (P.) *L'immatériel et la propriété*. In *le droit et l'immatériel*. *Op. cit.*, p. 61.

²¹⁰ V. les réflexions du professeur CATALA à ce sujet. Art. préc., p. 62.

²¹¹ ZENATI (Fr.) *L'immatériel et les choses*. In *le droit et l'immatériel*. *Op. cit.*, p. 79 et s. et notamment, p. 91.

²¹² 2,4 % en 1997. *La Tribune*, 31 mars 1998.

significatif se fait jour. L'action est lucrative grâce au jeu des plus-values. Le jeu de la négociation sur les marchés est la source de la rémunération. C'est d'ailleurs pour le grand public le lien unique entre l'action et l'idée d'accroissement du patrimoine : « on boursicote », aidé en cela par le principe de libre négociabilité des actions et de leur aptitude à être cotées²¹³. Est négligé le droit à une part de l'actif social, que l'action autorise, tant pendant la vie de la société à l'occasion d'une augmentation de capital, qu'à la dissolution de la société (remboursement de la valeur nominale et répartition du *boni* de liquidation). Ce droit n'est pas déterminant lors du choix de l'investisseur ou de l'épargnant, car il n'est pas la source de rendement principal des actions.

541 - Plusieurs valeurs sont attribuées à l'action²¹⁴. Ainsi, l'action a d'abord une valeur nominale. Cette valeur représente une quote-part du capital social. C'est la valeur de l'apport.

Rapidement, la valeur nominale n'a plus aucune signification économique. Il faut alors parler de valeur vénale (ou valeur intrinsèque) qui représente le quotient de l'actif net par le nombre d'actions. La constitution de réserve par la société fait augmenter la valeur vénale des actions.

Cette valeur vénale doit être distinguée de la valeur boursière, qui concerne la valeur des actions des sociétés cotées. En effet, cette dernière tient compte de l'offre et de la demande dont l'action est l'objet en bourse et elle anticipe sur l'avenir de la société.

A l'occasion d'augmentation de capital, la valeur d'émission se distingue encore des précédentes en ce qu'elle ajoute à la valeur nominale, la prime d'émission à verser pour souscrire.

Enfin, la valeur liquidative correspond à la valeur intrinsèque après déduction des charges de liquidation.

La plus-value, quant à elle, résulte de la différence entre le prix de cession de l'action et le prix d'acquisition de l'action. La plupart du temps, pour les sociétés cotées, le prix de cession correspondra à la valeur boursière. Pour les autres sociétés, le prix de cession correspondra à la valeur intrinsèque majorée de la valeur que l'on veut bien prêter à l'avenir de la société. Très logiquement, le prix de cession concorde donc avec la valeur qui résulte de

²¹³ Cass. com., 22 octobre 1969. Rev. sociétés 1970, p. 288.- *Adde* : INSEE Première, n° 804, septembre 2001. Le patrimoine national entre 1995 et 2000 : le dynamisme des plus-values immobilières et boursières (www.insec.fr).

²¹⁴ Sur les problèmes liés aux évaluations des valeurs sociétaires, v. *supra* n° 454 et s.

la négociation, de l'équilibre de l'offre et de la demande.

542- S'agissant de constitution de patrimoine, il convient de s'interroger sur les circonstances d'obtention de l'action. Si elle est acquise au départ à l'aide d'éléments préfigurant dans ce patrimoine, il ne s'agit pas de constitution de patrimoine, mais de fructification du patrimoine²¹⁵. L'action vient en effet remplacer dans le patrimoine l'avoir préexistant. En réalité, il s'agit de s'intéresser à toutes les hypothèses où l'action est attribuée sans contrepartie ou avec une contrepartie négligeable de part son mode de financement. Dans ce cas, la plus-value correspond quasiment au prix de cession. L'action entrée dans le patrimoine représente dès cette étape une valeur nouvelle et non de remplacement. Après cession, elle est remplacée par du numéraire apte à tous les emplois. Le patrimoine est constitué.

543- L'action possède donc toutes les caractéristiques d'un bien incorporel et notamment la circulation plus facile²¹⁶. C'est sa qualité principale quant à son aptitude à l'enrichissement du patrimoine. Cette mobilité favorise la perception de plus-values lucratives. Pour constituer un patrimoine *ex nihilo*, encore faut-il obtenir l'action gratuitement. En dehors de l'hypothèse de la libéralité²¹⁷, seul l'actionnariat salarié²¹⁸ semble en être l'occasion. C'est donc une forme de patrimonialisation de la force de travail, qui permet aux salariés de se constituer du patrimoine. Les modalités d'attribution de ces actions sont diverses.

2 – Les modalités de l'enrichissement

544- L'enrichissement passe par différentes modalités d'attribution des actions. Celles-

²¹⁵ V. *infra* chapitre 2.

²¹⁶ Dont la dématérialisation a été justement le moteur.

²¹⁷ L'étude s'attache aux techniques sociétaires de constitution de patrimoine, et non aux techniques du droit patrimonial de la famille.

²¹⁸ LASSALAS (C.) L'actionnariat des salariés. In *Mélanges J. Stoufflet*, L.G.D.J., 2001, p. 165.- SOUBIE (R.) L'actionnariat salarié, beaucoup plus qu'un simple instrument d'épargne. Petites Affiches 22 février 2001, n° 38, p. 35 et s.

ci se sont multipliées ces dernières années²¹⁹. L'action est le vecteur principal utilisé en vue de la participation et ceci depuis les ordonnances des années soixante. Tout commence avec les avantages fiscaux liés à la possibilité de distribution d'actions²²⁰. L'ordonnance du 17 août 1967 portant sur la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises et sur les P.E.E.²²¹, tout comme le décret du 24 mars 1969, ont favorisé les utilisations de l'action. Une évolution sensible marque les finalités des dispositifs. Les fondements sont moins idéologiques²²² et l'objectif patrimonial est plus apparent²²³.

Deux lois complètent le dispositif au début des années soixante-dix. Le 31 décembre 1970, une loi sur les plans d'options sur actions et le 27 décembre 1973, une loi sur la souscription et l'acquisition d'actions, confirment le nouveau vecteur de la participation.

L'ensemble de ces dispositions est conforme à l'esprit de l'époque : dans la lignée de la loi du 24 juillet 1966 qui met résolument en valeur les sociétés par actions. C'est la négociabilité du titre qui fait tout son intérêt.

Les dernières interventions législatives continuent à promouvoir l'action par le biais de la participation et de l'intéressement²²⁴. Elle se situe en bout de chaîne dans les Plans d'Épargne Entreprise²²⁵, par exemple. Intéresser les salariés en nourrissant leur P.E.E., c'est très indirectement leur attribuer gratuitement des actions ou autres valeurs mobilières. Les lois de la dernière décennie ont en commun deux objectifs. Le premier tient à la forme : il s'agit de simplifier, clarifier, harmoniser les dispositions antérieures en s'appuyant sur un fondement commun. Le second tient au fond : il s'agit d'assurer un véritable développement de l'intéressement et la participation en poursuivant des objectifs complémentaires, tels que, promouvoir l'épargne collective qui sécurise l'économie et favorise les investissements, compléter la rémunération des salariés tout en les associant au développement de l'entreprise, créer des sources de retraites complémentaires, etc. Ainsi en est-il de la nouvelle loi sur l'épargne salariale du 19 février 2001²²⁶ ou encore la loi de modernisation sociale du 17

²¹⁹ REYGROBELLET (A.) L'évolution de l'environnement juridique des titres de capital au cours des cinq dernières années. Rev. dr. banc. janvier-février 2003, p. 50 et s. spécialement n° 15 et s. concernant l'actionnariat salarié.

²²⁰ Ordonnance du 7 janvier 1959.

²²¹ Plans épargne entreprise, V. FOY (R.) J.-Cl. sociétés, fasc. 173-30.

²²² Ceux-ci restent toutefois d'actualité, ainsi l'argument selon lequel l'épargne salariale favorise le dialogue social et favorise une gouvernance participative d'entreprise est vivace. V. HANOTAUX (P.) Art. préc., p. 17.

²²³ V. également dans le même sens : GASTAUD (J.-P.) Stock-options et bons de croissance. Rev. dr. banc. mars-avril 2000, p. 140 et s.

²²⁴ Art. L 441-1 à L 443-9 C. trav.

²²⁵ V. Dict. perm. Epargne et produits financiers, fasc. Épargne salariale.

²²⁶ Loi n° 2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale.

janvier 2002²²⁷. Ces dernières lois, conformément au mouvement amorcé à la fin des années soixante utilisent l'action. En déclinant ses services, une panoplie d'outils simples se construit au service de l'innovation et de la performance²²⁸.

545- Ainsi, les trois dernières décennies ont favorisé l'accès des salariés à la qualité d'actionnaire. Les modalités d'attribution se distinguent entre une attribution immédiate d'actions (1), et une attribution différée d'actions (2). Le salarié peut ainsi se voir reconnaître immédiatement la qualité d'actionnaire ou ne devenir qu'un actionnaire à terme ou optionnel.

a) L'attribution immédiate d'actions

546- L'attribution immédiate d'actions peut être directe (α) ou indirecte (β). La première modalité, d'une extrême simplicité, est toutefois très rare comparativement à la seconde.

α - L'attribution directe d'actions

547- Avant la réforme sur l'épargne salariale du 19 février 2001, plusieurs lois envisageaient l'attribution d'actions aux salariés²²⁹. Ainsi en était-il de la loi du 27 décembre 1973, complétée par un décret du 23 avril 1974, codifiée sous les articles L. 225-187 et suivants du Code de commerce. Ces textes permettaient aux salariés de souscrire à une augmentation de capital ou d'acheter des actions en bourse à des conditions préférentielles. La loi sur l'épargne salariale a abrogé ces dispositions laissant toutefois les articles L 225-192 à L 225-194 et L 225-197 du Code de commerce applicables dans leur rédaction antérieure pour un délai de cinq ans à compter de la publication de la loi²³⁰. **Les plans d'actionnariat** étaient des systèmes facultatifs. Les incitations envers les entreprises comme les salariés étaient principalement d'ordre fiscal²³¹. L'avantage du système venait de ce que la libération des

²²⁷ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

²²⁸ Ce sont les qualités essentielles soulignées au Journal Officiel. *La participation financière*, Brochure n° 1673, Paris, 1996.

²²⁹ MOREAU (M.) *Actionnariat des salariés*. J.-Cl. Travail traité. Fasc. 27-25, n° 34 à 68.

²³⁰ V. art. L 225-187-1 C. com. Ces dispositions regardent les conditions de libération des actions, mais également l'engagement de conservation de cinq ans, etc. Ils demeurent donc applicables pour le bon fonctionnement de l'ancien système concernant des actions qui auraient pu être émises en application des textes juste avant leur réforme.

²³¹ Le système prévoyait notamment que le montant des prélèvements opérés sur les salaires à l'occasion de l'émission ou l'achat d'actions est affranchi de l'impôt sur le revenu dans la limite d'un plafond par an (art. 81

actions s'opérait par prélèvements égaux et réguliers sur les salaires²³², la société pouvant elle-même compléter les versements par un abondement²³³. Ce système proposait donc un accès facilité à l'action, sans offrir une action à un prix intéressant donnant des perspectives de plus-value. L'opération était en somme très proche d'une cession d'action ou d'une augmentation de capital. Il ne s'agissait que d'une possibilité d'acquérir prioritairement²³⁴ et non à un prix préférentiel. L'intérêt patrimonial était limité pour le salarié à un avantage fiscal, lui-même fortement conditionné par une durée de détention des actions. Le salarié ne pouvait que spéculer sur la prise de valeur future de l'action ainsi souscrite ou achetée, mais n'en retirait aucun gain immédiat. De plus, l'acquisition de l'action se faisait par prélèvement sur le salaire. Il ne s'agissait donc pas d'un versement complémentaire de salaire, mais plutôt de modalités de paiement de ce salaire. La force de travail n'est véritablement récompensée par un complément de revenu qu'à la condition que la société procède à un versement complémentaire²³⁵.

Les plans d'actionnariat, qu'ils portent sur des souscriptions réservées aux salariés ou sur des propositions d'achats aux salariés²³⁶, n'étaient donc pas des outils de constitution de patrimoine spectaculaires. Ils ne décuplaient pas la rémunération de la force de travail. Le succès de ces mesures ne s'est d'ailleurs pas manifesté²³⁷. Très vite les mécanismes de plan d'épargne entreprise ont été préférés pour leur statut fiscal et juridique plus attrayant. Il est vrai que seule une possibilité de se voir attribuer gratuitement des actions constitue un réel avantage pour celui qui ne dispose d'aucun patrimoine de départ pour souscrire et qui ne veut pas empiéter sur son salaire. Ce n'est que dans cette hypothèse qu'il y a une réelle constitution de patrimoine. Or l'attribution directe d'actions gratuites aux salariés est très marginale.

548- Prévue par la loi du 24 octobre 1980 et le décret du 26 novembre 1980, la **distribution gratuite d'actions** aux salariés se veut tirer la leçon des échecs des lois

ter D-1 C.G.I.) L'abondement est lui-même affranchi de l'impôt sur le revenu à la condition qu'il n'excède pas les prélèvements opérés sur salaire ni un certain plafond par bénéficiaire et par an.

²³² *La participation des salariés*. Ed. F. Lefebvre, *Op. cit.*, n° 46870, p. 442.

²³³ *Ibid.* n° 46930, p. 443.

²³⁴ L'A.G.E. était notamment compétente pour décider une souscription d'actions réservée aux salariés, Art. 225-188 C. com. Comme dans les plans d'actionnariat de droit commun, la libération immédiate de l'action n'est pas exigée. Elle doit se faire dans les trois ans de la souscription et peut l'être par prélèvements égaux et réguliers sur le salaire après autorisation du salarié. De la même manière, des versements complémentaires de l'entreprise sont possibles.

²³⁵ Encore faut-il préciser que l'intérêt fiscal de l'abondement en question est relativement limité par les prélèvements sur salaire déjà effectués et le plafond.

²³⁶ Lesquelles relèvent de la compétence de l'A.G.O. Formellement, le salarié qui accepte cette proposition accepte l'ouverture d'un compte d'actionnariat qui sera alimenté par prélèvement sur salaire et abondement.

²³⁷ MERLE (Ph.) *Sociétés commerciales*. *Op. cit.*, n° 536.

antérieures²³⁸, mais il s'agissait d'une mesure exceptionnelle ayant pris fin le 31 décembre 1982²³⁹. Outre l'acquis patrimonial brut que représente l'obtention gratuite d'actions, l'avantage était également fiscal dans la mesure où les sommes correspondant aux actions ont été exclues des bases de l'impôt sur le revenu et, sous certaines conditions, la plus-value sur cession d'action était elle aussi exonérée d'impôt²⁴⁰. Aucune autre mesure n'a été prise concernant l'acquisition ou la souscription d'actions gratuites de la société par les salariés au titre de la participation depuis ces lois. Ce procédé pourrait pourtant réapparaître en France. En effet, aux Etats-Unis déjà, des entreprises telles que Microsoft utilisent cette nouvelle modalité en remplacement des stock-options jugées trop aléatoires²⁴¹. Le procédé présente les avantages de la souplesse. La décision peut se prendre à n'importe quel moment. Elle ne fige pas l'entreprise dans un plan sur plusieurs années. Elle peut ainsi être ponctuelle. Les salariés ont un gain assuré puisque l'attribution est gratuite. Elle peut donc constituer un outil de motivation du personnel. Enfin, la société peut consolider son actionnariat en défense d'O.P.A. Ce sont sans doute l'ensemble de ces considérations qui ont fait basculer Microsoft dans cette nouvelle modalité de la participation²⁴².

549- L'article L 225-129 VII du Code de commerce fixe les nouvelles règles de l'actionnariat salarié telles qu'elles résultent de la loi sur l'épargne salariale du 19 février 2001 et la loi MURCEF, modifiées par la récente loi de sécurité financière²⁴³. Actuellement, il est possible d'effectuer **une augmentation de capital en faveur des salariés** adhérant à un plan d'épargne entreprise, conformément à l'article L 443-5 du Code du travail²⁴⁴. Désormais, à l'occasion de toute augmentation de capital, l'assemblée générale extraordinaire doit se prononcer sur un projet de résolution d'une telle nature sous peine de nullité²⁴⁵, restant toutefois libre de ne pas y donner suite²⁴⁶. L'obligation vaut pour toutes les sociétés ainsi que

²³⁸ *Ibid.*, n° 537.

²³⁹ GUYON (Y.) La distribution gratuite d'actions aux salariés. J.C.P. 1981, I, 3006.- VIANDIER (A.) La loi créant une distribution gratuite d'actions et le droit des sociétés, Rev. sociétés 1981, p. 475.

²⁴⁰ Ancien art. 92 D 4° C.G.I. complété par Inst. D.G.I. du 25 mai 1982 abrogé par la loi du 30 décembre 1999. V. La participation des salariés, *Op. cit.*, n° 50690, p. 460.

²⁴¹ V. sur les stock-options *infra* n° 557.

²⁴² MACKÉ (G.) Microsoft remet en cause le système des stock-options, Le Monde, 11 juillet 2003.

²⁴³ V. sur la loi murcef : CONSTANTIN (A.) Commentaire des dispositions de la loi MURCEF relatives au droit des sociétés et des marchés financiers, Rev. sociétés 2002, p. 197 et s., n° 20 et s.- *Adde* : Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière précitée.

²⁴⁴ GRANGE (J.) *et alli.* Doctrine, épargne salariale, Actes pratiques 2001, n° 57.

²⁴⁵ V. T. com. Bordeaux 15 novembre 2002. Rev. dr. banc. mai-juin 2003, n° 126, p. 175, obs. LE NABASQUE (H.) ; Bull. Joly 2003, p. 197, note SAINTOURENS (B.) La nullité absolue d'une augmentation de capital réalisée en violation de l'art. L 225-129 C. com. est prononcée.

²⁴⁶ Il convient d'être vigilant et de ne pas omettre de statuer sur ce point sous peine d'encourir la nullité de la délibération sociale.

toutes les formes d'augmentation de capital²⁴⁷, à l'exclusion des augmentations consécutives à un apport en nature ou résultant d'une émission au préalable de valeurs mobilières donnant droit à l'attribution de titres représentant une quotité du capital²⁴⁸. De plus, tous les trois ans, une assemblée générale extraordinaire est convoquée pour se prononcer sur l'opportunité d'une telle opération, lorsque les actions détenues par le personnel représentent moins de 3 % du capital. Ces mesures ont donc pour vocation de provoquer des occasions d'accession au capital pour les salariés. L'examen aura lieu à l'occasion de toute augmentation de capital ou à défaut tous les trois ans, ce qui impose une périodicité du questionnement. Cette dernière pourrait être favorable aux salariés.

L'attribution directe d'actions est pour l'instant très marginale. En revanche, les grandes entreprises ont facilement recours à des techniques d'attribution indirecte d'actions.

β - L'attribution indirecte : les plans d'épargne

550- L'intéressement, la participation aux résultats de l'entreprise, le plan d'épargne entreprise²⁴⁹, donnent lieu à une épargne spécifique appelée épargne salariale²⁵⁰. L'épargne salariale ne concerne pas que des hypothèses de placement de fonds détenus par les salariés dans une optique de fructification²⁵¹. Elle considère aussi les sommes qui abondent au salarié, mais qui vont être placées pour lui par la société. Cet abondement peut atteindre 2.300 euros par an et par salarié. Ainsi, des sommes mises en réserve au titre de la participation des salariés peuvent être placées en actions de la société²⁵². Ce choix permet de renforcer la participation de salariés au capital social, de préparer au rachat de la société²⁵³ ou de renforcer les fonds propres de la société. Toutefois, cette option d'investissement est souvent reléguée aujourd'hui. L'impact sur la motivation de la participation du salarié au capital sa société-entreprise est incertain. Dans la perspective plus probable de la poursuite d'i t financier,

²⁴⁷ La loi MURCEF du 11 décembre 2001 a toutefois précisé que la décision consécutive à la conversion du capital ou de la valeur nominale des actions en euros n'était pas tenue de respecter cette procédure.

²⁴⁸ C'est l'apport de la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003, qui s'oppose ainsi à la circulaire interministérielle du 22 novembre 2001 qui avait affirmé le contraire (Mémento pratique Francis Lefebvre. Sociétés commerciales, 2003, n° 19072).

²⁴⁹ FREYRIA (C.) *Réflexions sur le plan d'épargne entreprise*. In *Mélanges offerts à Jean Derruppé*. Litec, 1991, p. 205.

²⁵⁰ MAILLARD (P.) *Qu'appelle-t-on l'épargne salariale ?* Banque, avril 2000, p. 21 et s.- AUZERO (G.) *La Loi n° 2001-152 du 19 février 2001*. Présentation générale Bull. Joly 2001, §. 89, p. 345.

²⁵¹ V. *infra* chapitre 2.

²⁵² Sur les sommes placées en actions de la société ou sur la combinaison P.E.E. et actions de la société, v. *La participation des salariés*. Op. cit. n° 18450.

²⁵³ MORTIER (R.) Thèse préc.

une part de SICAV ou de F.C.P. est souvent plus rémunératrice qu'une action de sa propre société.

551- Les Plans d'épargne entreprise, relayés aujourd'hui par les **plans d'épargne interentreprises ou les plans partenariaux d'épargne salariale volontaire**, permettent ainsi au salarié de se constituer *ex nihilo* un patrimoine²⁵⁴.

Dans ces hypothèses, la qualité d'actionnaire du salarié est cependant moins évidente (notamment avec les F.C.P. qui ne lui confèrent pas la qualité d'actionnaire mais celle de copropriétaire). L'effet patrimonialisant de l'action sur la force de travail est très indirect. Il convient de souligner néanmoins que la technique sociétaire est encore employée en vue de rémunérer sa force de travail, puisqu'elle est ici reconnue soit comme un mode de gestion attrayant du patrimoine nouvellement attribué au salarié (par l'intermédiaire des SICAV par exemple), soit comme une cible du placement²⁵⁵. La technique sociétaire reste indiscutablement un des maillons de la constitution de patrimoine.

552- L'évolution de l'épargne salariale est très révélatrice d'un clivage dépassé entre idéologie marxiste et idéologie ultra libérale. Elle est perçue par les salariés comme un complément de revenu, direct ou différé, et permet une constitution d'épargne, dont rien ne prouve qu'elle parviendrait, sans cela, à se former²⁵⁶.

Ces modes de constitution de patrimoine sont toutefois moins rapides et performants que les systèmes d'attribution différée d'actions lorsque la croissance économique est présente.

b) L'attribution différée d'action

553- Les différentes modalités d'attribution différée d'actions reposent sur une logique commune. Il s'agit dans un premier temps de disposer d'une option ou d'une possibilité de souscrire. Des discussions sont nées sur la qualité d'actionnaire du titulaire d'option, mais il n'a jamais été mis en doute l'aptitude de ces modalités à procurer à un individu une richesse

²⁵⁴ La fiscalité attrayante pour la société comme le salarié en explique le succès. Ils sont notamment exonérés d'impôt sur le revenu sous certaines conditions. Art. 81-18° C.G.I., art. L 443-1 à 9 C. trav.- V. Francis Lefebvre Fiscal 2003, n° 7938.

²⁵⁵ V. sur ce point *infra* chapitre 2, spécialement n° 638.

²⁵⁶ V. HANOTAUX (P.) Art. préc., p. 13.

nouvelle²⁵⁷. En effet, la perspective de la *future* qualité d'actionnaire ne fait aucun doute, car pour que la constitution de patrimoine soit effective, il devra souscrire ou lever l'option pour réaliser la plus-value.

Deux mécanismes sont ainsi mis en place²⁵⁸ : les bons de souscriptions (a) et les stock-options (b). Le premier est une souscription conditionnée par une augmentation de capital : les actions n'existent pas encore. Le second permet indifféremment de souscrire lors d'une augmentation de capital ou d'acquérir des actions déjà existantes.

a- Les bons de souscription d'actions

554- Initialement, les bons de souscription de titres représentant une quotité du capital social ne pouvaient être émis qu'adossés à l'émission d'obligations. En 1985, la modification de la loi du 24 juillet 1966 et l'insertion de l'article 339-5²⁵⁹ autorisa les sociétés par actions à émettre directement, indépendamment de toute autre émission, des bons conférant à leur titulaire le droit de souscrire des titres représentant une quote-part du capital de la société émettrice²⁶⁰. Cette modification de la loi en fit immédiatement un outil apte à remplir d'autres rôles que celui de drainer de l'investissement. Outre l'intérêt de fidéliser les actionnaires existants ou de compenser leur renonciation à leur droit préférentiel de souscription lors de l'émission de valeurs mobilières, il s'agit également d'un moyen d'intéresser les salariés au développement de leur entreprise, voire de motiver les dirigeants sociaux en subordonnant leur exercice à la réalisation de plusieurs objectifs économiques fixés lors de l'émission²⁶¹.

555- Si en théorie ce type de bons se paye, l'ANSA a convenu qu'il était possible de se voir attribuer gratuitement des bons de souscription²⁶². Tant les salariés dans une optique d'intéressement, que les dirigeants²⁶³ peuvent ainsi se constituer un patrimoine en actions sans le moindre apport, avec faculté de le rendre liquide par la cession des actions et de dégager ainsi une plus-value. Leurs droits à la souscription sont préservés. Toute méconnaissance est

²⁵⁷ V. également en ce sens : GASTAUD (J.-P.) *Stock-options et bons de croissance*. Art. préc.- FRACHOT (A.) *Effets de richesse, épargne salariale et théorie des options*. Banque, mars 2003, p. 81 (Banque, janvier 2001 pour la version intégrale de l'article).

²⁵⁸ V. GASTAUD (J.P.) *L'associé de passage ... ou l'investissement du créateur d'entreprise et des salariés. (stock-options et bons de croissance)*. In *Procédures collectives et droit des affaires. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*. Ed. Frison-Roche, 2000, p. 267 et s.

²⁵⁹ Actuellement art. L 228-95 C. com.

²⁶⁰ Il s'agit des bons de souscription autonomes. Dict. perm. droit des affaires, feuillet 149, p. 2935 et s., n° 12 et s.

²⁶¹ MERLE (Ph.) *Op. cit.*, n° 365.

²⁶² Circ. ANSA n° 2919, oct. 1997 ; C.J., 2 juillet 1997, n° 430.

²⁶³ Lesquels ne sont pas toujours déjà titulaires d'actions comme certains directeurs généraux.

non seulement sanctionnée pénalement par une amende²⁶⁴, mais fait l'objet d'une réparation sur le plan civil²⁶⁵.

556- Les bons de souscription pouvant répondre à un souci d'intéressement et de motivation, une catégorie spécifique de bons est née, répondant spécialement à cet objectif. Les bons de souscription réservés aux créateurs d'entreprises (B.C.E.)²⁶⁶ ont été créés par l'article 76 de la loi de finances pour 1998²⁶⁷. Ils peuvent être émis par les sociétés par actions non cotées ayant moins de sept ans d'existence et par les sociétés cotées sur le nouveau marché ou l'un des marchés réunis au sein du groupement Euro NM ou un marché analogue en Europe²⁶⁸. Ce dispositif est prévu en faveur des salariés qui contribuent à la création de P.M.E. innovantes, à fort potentiel de croissance²⁶⁹. C'est un moyen de prévoir une rémunération différente de ces derniers. On les incite à développer toute leur force de travail dans un projet²⁷⁰. En cas de réussite, ils se verront récompenser en actions. La force de travail se concrétise par des actions. Si l'objectif législatif est d'encourager les sociétés innovantes, les sociétés de croissance²⁷¹, l'effet patrimonial pour le salarié est d'autant plus manifeste que l'action souscrite peut se négocier sur le marché des valeurs de croissance européennes ou faire l'objet d'un rachat facilité par un associé.

Ce même mécanisme se retrouve dans une autre forme d'intéressement utilisant l'action ouverte à davantage de sociétés : les stock-options²⁷².

²⁶⁴ *Mémento Francis Lefebvre Sociétés commerciales*, n° 21910 et s.

²⁶⁵ PARIS, 19 mai 1999. J.C.P. 1999, p. 1634, obs. HOVASSE (H.); Bull. Joly 1999, § 207, p. 880, obs. DAIGRE (J.-J.), concernant l'hypothèse des droits de titulaires de bons de souscription d'actions non préservés en cas d'augmentation de capital.

²⁶⁶ V. encore : Bons de créateurs d'entreprise. Dict. perm. Épargne et produits financiers.- Les bons de souscription de parts de créateur d'entreprise. Régime fiscal et social. J.C.P. éd. E. 1998, p. 602 et s. ou Dr. fiscal 1998, n° 6, p. 193 et s.

²⁶⁷ Sur cette loi de finances, v. Bull. Joly 1999, §161, p. 717. Sur la loi « Allègre » du 12 juillet 1999 précitée ayant élargi cette disposition, v. Dr. sociétés novembre 1999, p. 26, n° 173.

²⁶⁸ Art. 4 de la loi du 12 juillet 1999.

²⁶⁹ NOUEL (C.) Les bons de créateurs d'entreprise. Bull. Joly 2000, §1, p. 5. L'auteur dégage la spécificité de ces bons qui sont particulièrement adaptés pour les entreprises innovantes, encore appelées entreprises de croissance.

²⁷⁰ LEHERISSEL (H.) Bons de créateurs d'entreprise : une novation encourageante. Options finances n° 492 du 23 mars 1998, p. 24 et s.

²⁷¹ Et dans cette optique, le dispositif pourrait être plus performant encore : v. EDWARDS (O.) Sept propositions pour que les B.C.E. deviennent de vrais relais de croissance. Rev. dr. banc. mars-avril 2000, p. 143 et s.

²⁷² Les stock-options ont certainement été une source d'inspiration pour les bons de créateurs d'entreprise.

β- Les plans d'option ou stock-options

557- Ces plans d'option²⁷³ sont régis par les articles L 225-177 et suivants du Code de commerce. Ces mesures visent directement à favoriser la souscription ou l'acquisition d'actions par le salarié. Elles sont directement inspirées du système des *stock options plan* imaginé aux Etats-Unis. Longtemps boudées, pour des raisons externes à leur technique même²⁷⁴, elles connaissent un nouvel engouement, et ont fait l'objet de plusieurs modifications, notamment par les lois du 9 juillet 1984, du 17 juin 1987²⁷⁵, et plus récemment la loi du 15 mai 2001, qui a cherché à étendre le bénéfice de ces dispositions à davantage de sociétés et à assurer la transparence du dispositif²⁷⁶.

558- Les plans d'option²⁷⁷ donnent aux salariés une option pour souscrire ou acheter des actions²⁷⁸ à un prix déterminé²⁷⁹. Le prix de l'action est fixé au jour où l'option est consentie²⁸⁰. Ils ont un délai fixé par l'assemblée pour lever leur option. Dans les faits, ils ne

²⁷³ Pour une étude générale, v. VALUET (J.P.) *Stock-options*. Joly éd., 1997.- MOREAU (M.) Art. préc., n° 4 et s.- Stock-options plans. Dict. perm. Épargne et produits financiers, fasc. 65.- PASQUALINI (F.) J.-Cl. Sociétés, fasc. 173-1-b.- JAEGER (H.-J.) et alii. *Les plans d'intéressement Stock-option plans*. Journée d'étude en l'honneur du professeur Georges Muller. Edité par G. Bovet. CEDIDAC-Litec, 2001.

²⁷⁴ MERLE (Ph.) *Op. cit.*, n° 535.- BIGAULT du GRANRUT-LIBERT (S. de). Les options de souscription ou d'achat d'actions ou Qui n'a pas ses stock-options ? Gaz. Pal. 1988, I, p. 339.- L'évolution de la bourse ne leur était guère favorable dans les années soixante dix. De plus le régime fiscal n'était pas plus attrayant.

²⁷⁵ Sur les textes successifs ayant modifié la législation relative aux stock-options, v. art. au dict. perm. préc., n° 3.

²⁷⁶ V. notamment art. L 225-184 C. com. qui précise les mentions devant figurer dans un rapport annuel soumis à l'A.G.O. concernant les stock-options.

²⁷⁷ BERTREL (J.-P.) Le nouveau régime des stock-options. Dr. et patrimoine, janvier 1997, p. 30.- VATINET (R.) Le clair-obscur des stock-options à la française. Rev. sociétés 1997, p. 31 et s.

²⁷⁸ Il faut noter que le dispositif a été étendu par la loi du 15 mai 2001 aux certificats d'investissement, certificats coopératifs d'investissement et aux certificats coopératifs d'associés. Art. L 225-186 C. com.

²⁷⁹ Après autorisation de l'A.G.E., le conseil d'administration ou le directoire offre à tout ou partie du personnel le droit de souscrire ou d'acheter des actions à un prix déterminé (on doit noter que le C.A. ou le directoire restent libres d'utiliser ou non cette autorisation). Une fois consentie, l'option est irrévocable. L'attribution d'option n'est pas soumise au contrôle de la C.O.B. puisque ces options ne sont pas des valeurs mobilières. Il peut s'agir d'une option de souscription d'actions, dans ce cas l'autorisation de l'assemblée vaut cinq ans et comporte renonciation au droit préférentiel de souscription pour les actionnaires. La levée d'option entraîne une augmentation du capital social. Il peut également s'agir d'une option pour achat d'action. L'opération ne modifie alors rien le capital social, mais il s'agit seulement d'autoriser les dirigeants à acheter des actions de la société qui seront ensuite revendues aux membres du personnel. C'est là un des cas où le rachat par la société de ses propres actions est autorisé, l'hypothèse étant circonscrite à celle d'attribution ultérieure des actions aux salariés (Mémento Francis Lefebvre sociétés commerciales, n° 18580 et s.) Cette exception à un principe montre combien le législateur est ouvert à toutes mesures susceptibles de profiter aux salariés. Pour la société, le choix entre souscription ou achat d'actions n'est pas neutre. Dans le premier cas, elle entraîne une augmentation des fonds propres sans charges excessives avec pour seul inconvénient pour les actionnaires une dilution du capital. Dans le second cas, les capitaux sont immobilisés et on risque, si les cours de bourse baissent ou les résultats de la société sont insuffisants, de revendre à perte les actions mises en réserve. – V. encore : COURET (A.) et BOILLOT (T.). Mettre en place un plan de stock-options, Actes pratiques, 2001, n° 58.

²⁸⁰ Ce prix est fixé par le conseil d'administration ou le directoire selon les modalités déterminées par l'assemblée. Mais il faut noter que dans une société cotée, le prix ne peut être inférieur à 80 % de la moyenne

prendront leur décision que si la valeur du titre a augmenté entre-temps. La levée de l'option leur permet d'acheter une action à un prix précédemment fixé, inférieur au marché. Dès la levée d'option, se dégage une première plus-value. C'est un moyen d'acheter une action à un prix préférentiel, et de se constituer immédiatement un patrimoine avec un apport initialement faible. C'est un avantage direct palpable en la plus-value. Le complément de patrimoine ainsi gagné correspond en fait à l'intéressement que l'on souhaite attribuer au salarié. Il vient en récompense de la force de travail développée. A cet avantage, s'ajoute qu'aucune règle n'est prévue pour la libération de la souscription ou le paiement du prix d'achat des actions. Tous les montages sont donc permis, autorisant ainsi les salariés sans apport personnel à se constituer un patrimoine *ex nihilo* par ce biais. A cette plus-value d'acquisition, peut de plus s'adjoindre une plus-value de cession lors de la revente des titres. L'avantage est toutefois aléatoire pour le salarié puisqu'il dépend de l'évolution du cours du titre.

559- La vitalité de la bourse des années 1997 à 2001 a provoqué chez certains un engouement manifeste en faveur des stock-options. Même si toutes les sociétés anonymes (y compris la société par actions simplifiée) et sociétés en commandite par actions, cotées ou non cotées, peuvent en théorie consentir des options, il reste difficile, en pratique, de connaître la valeur des titres d'une société non cotée, voire de les revendre. Aussi dénonce-t-on souvent le champ d'application réduit de ces mesures, en terme d'entreprises concernées, mais également de bénéficiaires réels²⁸¹. Pourtant, nombreux sont les bénéficiaires possibles d'un plan d'option. Les membres salariés du personnel²⁸² de la société sont visés ainsi que les dirigeants sociaux²⁸³ depuis 1987. La loi du 15 mai 2001 a étendu le bénéfice de ces dispositions au président du conseil d'administration, aux membres du directoire et autres gérants de sociétés par actions²⁸⁴. Seuls les mandataires sociaux et salariés détenant plus de dix pour cent du capital social au moment où l'option est consentie sont exclus du bénéfice du

des vingt séances de cotation précédant ce jour. Si les titres ne sont pas cotés, l'assemblée est libre de donner les références de fixation de prix qu'elle veut. Toutefois, l'ACOSS et le droit fiscal ont tendance à faire application d'un rabais limité à 20 % tandis que les auteurs et l'ANSA revendiquent la possibilité d'un rabais plus important. V. sur ce point, *Mémento Francis Lefebvre Sociétés commerciales*, n° 18812 et s.

²⁸¹ V. sur ce point l'enquête de *l'Expansion*, n° 604 de septembre 1999 : seul 1... des 2,76 millions de salariés employés par le CAC 40 bénéficiait de stock-options.- Plus récemment, v. la co...re des petits porteurs face aux stock-options attribués aux P.D.G. de sociétés déficitaires. *L'express*, 8 mai 2003 et notamment l'art. de DELANGLADE (S.) *Sans vergogne*.

²⁸² Le plan peut tout-fois limiter l'attribution d'option à certains d'entre eux. En effet, le conseil d'administration ou le directoire, sur délégation de l'assemblée générale, choisira, librement, les bénéficiaires.

²⁸³ Les autres mandataires sociaux tels que les administrateurs, etc. sont en principe exclus. Ils ne pourraient prétendre au bénéfice du plan d'option que s'ils cumulent leur fonction avec un contrat de travail, s'ils exercent des fonctions de direction dans une société du même groupe ou s'ils participent avec des salariés à la création d'une société ou sa reprise par voie de rachat de la majorité des droits de vote.

²⁸⁴ V. Art. L 225-185 al. 5 C. com.

plan. Cette exclusion explicite un choix et un idéal législatif : celui de faire participer le salarié à la propriété et à la gestion de sa société²⁸⁵. C'est d'ailleurs le vœu exprimé des auteurs de cette mesure qui y voyaient un moyen de fidéliser le salarié et d'accroître sa motivation²⁸⁶. L'objectif poursuivi n'est pas tant de rendre le salarié actionnaire de manière durable, que de l'intéresser aux résultats de la société et donc de lui procurer un enrichissement. Dès les années soixante-dix, pour le législateur, les plans d'option étaient déjà un mode de rémunération à long terme²⁸⁷.

La certitude du gain réalisé grâce aux stock-options peut toutefois rester en suspens. En effet, s'agissant de plans, ils sont prévus sur plusieurs années, au cours desquelles, tant la croissance économique mondiale que la santé financière de l'entreprise, peuvent changer. Le ralentissement perceptible sur les marchés actuellement illustre que les gains au moyen de stock-options restent dépendants de paramètres extérieurs à la force de travail du salarié. Dans ces circonstances, les stock-options peuvent même être démotivantes, déprimantes. Tel était sûrement le cas des salariés de Microsoft qui a abandonné ses plans d'option au profit de l'attribution immédiate d'actions de la société. De même, certains salariés de start-up qui avaient accepté de bas salaires dans l'espoir de toucher le gros lot avec des stock-options en sont restés au stade des vains espoirs.

En résumé, c'est seulement lorsque la croissance est au rendez-vous, que l'attribution différée d'actions décuple les gains réalisés.

560- Les actions attribuées aux salariés, les bons de créateurs d'entreprise, les stock-options sont tous des outils de constitution du patrimoine. L'enrichissement est particulièrement vérifiable s'agissant des sociétés cotées. Leur succès se propage vers les sociétés non cotées²⁸⁸. La pratique les utilise et invente également d'autres mécanismes pour

²⁸⁵ V. toutefois les avis émis par la COB et l'ANSA sur le sujet. La COB a observé que, lorsque l'émission est réservée à un grand nombre de personnes, il n'est pas possible de connaître, avant la fin de l'opération, le nom des souscripteurs ni la quantité des titres souscrits. En cela, les dispositions de l'article L. 225-138 du Code de commerce et celles de l'article 155 du décret du 23 mars 1967 ne pourraient pas être respectées. Le fait d'accepter des opérations réservées à des catégories identifiables (porteurs de bons, salariés...) peut, en conséquence, conduire à des abus, le plus évident étant, en l'espèce, le détournement des règles d'appel public à l'épargne (Bull. COB, décembre 1990, n° 242, p. 5 et s.) Cette analyse tend à limiter le champ d'application des stock-options. L'ANSA formule des réserves sur de nombreux points de cette analyse faite par la COB. Elle considère qu'une émission d'actions réservée à de nombreux salariés devrait pouvoir être réalisée selon le régime de droit commun et n'est pas nécessairement constitutive d'un appel public à l'épargne (Circ. ANSA n° 2659, août 1993 ; Circ. ANSA n° 2873, février 1997).

²⁸⁶ J.O. débats A.N. 11 décembre 1970, p. 6410.

²⁸⁷ *Ibid.* - Mémento Francis Lefebvre Sociétés commerciales, n° 18728.

²⁸⁸ Il est tentant de parler des « sociétés non encore cotées ». V. sur ce point : HOVASSE (H.) *et alii* Les titres complexes dans les sociétés non cotées. Actes pratiques 1997, n° 31.- On notera que les actions souscrites suite à

éviter les écueils fiscaux notamment, comme la création de sociétés d'investissement de cadres combinées avec l'utilisation de P.E.A., l'acquisition directe d'actions avec financement à paiement différé, l'attribution d'actions de société *off shore* artificiellement valorisée²⁸⁹.

Il ressort de l'ensemble de ces observations que l'enrichissement résulte des politiques d'intéressement ou de participation. Il s'agit donc de modes de reconnaissance de l'investissement humain dans l'entreprise, d'une rémunération de la force de travail. Le problème de la qualification de cet enrichissement se pose alors. En effet, les techniques utilisées conduisent à une qualification sociétaire et comptable : la plus-value. Au contraire, l'objectif poursuivi amène à une qualification travailliste : la rémunération complémentaire. Les conséquences en terme de régime applicable sont importantes.

B – La qualification de l'enrichissement

561- L'enrichissement est constitué dans un premier temps par l'acquisition du titre social nouveau (1), et dans un second temps par la plus-value dégagée lors de sa cession (2). La qualification de ces deux formes d'enrichissement pose problème²⁹⁰.

1 – La qualification des valeurs sociétaires attribuées

562- L'outil de l'enrichissement est identifié : l'action. Sa qualification ne pose *a priori* guère de problèmes. Il est évident qu'elle entre dans la composition du patrimoine.

En revanche, celle des stock-options prête à discussion. Les stock-options ne sont pas des valeurs mobilières. Cette position permettait de dégager l'émission d'un plan d'option du contrôle de la COB. L'option est normalement incessible²⁹¹, c'est un droit personnel, attaché à

l'octroi de bons de souscription peuvent encore être négociées sur le marché O.T.C., ou le marché des valeurs de croissance européenne.

²⁸⁹ V. sur ce point TANDEAU de MARSAC et LEVESQUE (M-I) Stock-options et mécanismes d'intéressement assimilés : les écueils juridiques à éviter. Bull. Joly 1999, § 163, p. 729. De nombreux écueils doivent être évités comme l'abus de biens sociaux, le délit d'initié. Les auteurs attirent notamment l'attention des juristes sur l'importance de l'intérêt que doit retirer la société de la mise en place de tels plans, et ce d'autant plus lorsqu'elle rachète les actions (v. MORTIER (R.) Thèse préc.) La jurisprudence reste en effet la seule à pouvoir apprécier si l'intérêt social est satisfait. S'agit-il de véritables instruments de motivation ? Empêchent-ils vraiment la dispersion du capital ? Il semble en tout cas, que la participation au capital des salariés ne puisse pas être regardée comme illégitime. V. PARIS, 15 octobre 1986. D. 1987, jp, p. 136.

²⁹⁰ V. PRIEUR (J.) et LOUIS (I.) Stock-options et bons de souscription d'actions, rémunération différée ou gain en capital potentiel. Rev. dr. banc. mai-juin 1998. Supplément ingénierie patrimoniale, n° 67, p. 13.

²⁹¹ *A fortiori* les droits correspondant à l'option sont incessibles.

la personne du salarié. Elle n'est pas en elle-même monnayable. Il ne s'agit de rien de plus qu'une offre irrévocable, émise à l'égard d'une personne déterminée. Toutefois, l'option peut être exercée par les héritiers du bénéficiaire dans les six mois du décès de ce dernier²⁹². Ceci tend à démontrer que l'option est entrée dans le patrimoine du défunt. Elle est transmise avec le patrimoine à ses héritiers et comporte déjà intrinsèquement une valeur patrimoniale, détachée de la considération même des droits qu'elle permet d'obtenir²⁹³. Ce paradoxe du plan d'option, incessible mais constituant une valeur dans le patrimoine de son titulaire, s'explique par l'ambiguïté latente de la qualification de ces outils de l'enrichissement. Il semble bien que, dès le départ, chacun de ces outils soit destiné à être un composant à part entière du patrimoine. Dès lors, comment ne pas être tenté de donner aux modes d'attribution différée d'actions la même qualification qu'aux actions, et donc le même sort ?

563- Les textes ne recèlent aucune réponse de fond sur la qualification qui permette, par un raisonnement déductif, d'expliquer un régime cohérent pour ces titres. Or, partir du régime pour prouver l'existence d'une qualification n'est pas une démarche très opportune, car l'établissement de régimes juridiques ou fiscaux répond parfois à des objectifs purement politiques, circonstanciels qui éclairent peu sur la véritable qualification d'une technique, et soutiennent mal les véritables desseins du législateur.

Il convient donc de proposer une qualification. Cette dernière peut s'ancrer précisément dans les objectifs qui ont fondé l'apparition de telles techniques d'enrichissement, sur la fonction véritable de ces titres.

Ces instruments sont issus d'une volonté de motiver le salarié, de le récompenser. Il s'agit donc d'un avantage consenti. Au départ concession de pouvoir au sein de la société, il est surtout devenu un avantage financier, patrimonial. Seul l'avantage pécuniaire procuré rend populaires ces mesures²⁹⁴. Récompense pécuniaire en contrepartie d'un travail : ces termes évoquent une forme de rémunération de la force de travail²⁹⁵. Les textes ne sont pas très

²⁹² V. encore les questions posées à l'occasion de la liquidation du régime matrimonial, *infra* n° 575.

²⁹³ Le délai de six mois qui leur est imparti pour lever l'option est en revanche surprenant. Soit on considère que l'option était personnelle au défunt, et qu'à ce titre, elle ne peut pas profiter à un tiers, même héritier : elle est intransmissible tant en cas de vie que de décès. Soit on considère que les héritiers continuent la personne du défunt, et que l'option n'ayant pas de caractère *intuitu personae*, leur est transmise. Elle est un droit de créance sur la société : dans ce cas, aucun délai différent de celui qui incombe à n'importe quel bénéficiaire en vertu du règlement du plan d'option, ne peut se justifier pour exercer l'option au regard des règles successorales. Seules des considérations propres au droit des sociétés et au mécanisme des plans d'option peuvent justifier ce délai spécifique, comme le souci d'être fixé rapidement sur le sort de l'option. L'idée d'agrément des titulaires de l'option est ainsi relativement contradictoire avec la transmissibilité par voie de décès autorisée.

²⁹⁴ V. notamment *supra* n° 510.

²⁹⁵ Le Petit Robert, v° rémunération et v° rémunérer.

explicites, mais les objectifs législatifs le sont²⁹⁶, et l'usage qui est fait de ces outils également²⁹⁷. Il s'agit bien de valeurs spécifiques puisque leur seul intérêt est de constituer une rémunération de la force de travail²⁹⁸.

564- Le raisonnement conduit alors à englober non seulement les stock-options et bons de souscription, mais également les actions attribuées dans de telles occasions. Elles constituent pour le bénéficiaire une rémunération, car elles viennent rémunérer un travail. Elles représentent également une rémunération pour l'émetteur. En effet, ces valeurs ne peuvent être émises qu'en prenant sur des bénéfices qui auraient dû échoir aux actionnaires. Elles proviennent d'un partage de l'accroissement de la valeur de l'action. Ce sont les actionnaires et non l'entreprise qui en supportent le coût. Ils décident en assemblée générale de l'opportunité d'installer de tels outils. Il est possible de considérer qu'ils rémunèrent, en quelque sorte, les salariés²⁹⁹.

La forme que prend cette rémunération (action, stock-option, etc.) n'est qu'une modalité de paiement de ce complément de salaire³⁰⁰.

²⁹⁶ V. débats précités.

²⁹⁷ V. notamment art. en ligne de *La Tribune*, 29 mai 2001. De nouveaux facteurs de reconnaissance et gérer les compétences pour conserver son capital humain. Ces deux articles exposent qu'il est « désormais patent que le salaire n'est pas le seul moyen de gagner de l'argent dans une entreprise », que les stock-options sont aujourd'hui également des outils de rémunération ayant gagné les entreprises de l'économie traditionnelle. Les stock-options ne sont pas du tout un élément de motivation, permettant de retenir les salariés (au contraire : v. *infra* la démonstration de Roussel, note de bas de page 51). D'autres politiques de gestion du capital humain doivent être développées et notamment celles laissant aux salariés du temps libre. Il ressort de ces articles que les stock-options sont bien devenues des modes de rémunération et que la motivation des salariés se fait désormais sur d'autres thématiques comme : la culture d'entreprise, la convivialité, le temps libre, les voyages d'études, etc.

²⁹⁸ V. également en ce sens : GASTAUD (J.-P.) Art. préc. « Salariés, cadres, dirigeants sociaux, attendent de cette participation un complément substantiel à leur rémunération (...) il révèle en tout cas la fonction véritable de ces instruments sur fonds propres ».

²⁹⁹ Alors que le pouvoir de rémunérer par un salaire classique est généralement délégué à un directeur. Les statuts peuvent toutefois prévoir qu'au-delà de certaines sommes, une décision de l'assemblée sera nécessaire.

³⁰⁰ Il est possible de voir dans un arrêt récent de la Cour de cassation un argument en faveur de ce raisonnement : Cass. soc., 15 janvier 2002. Bull. n° 175. Un plan d'options avait été mis en place au profit des cadres d'une société. Suite à un conflit l'opposant à sa direction, un cadre licencié lève ses options. La cour d'appel a débouté le cadre de sa demande au titre des stock-options, mais la Cour de cassation censure la décision : il appartenait aux juges du fond de rechercher si les clauses d'exclusion du bénéfice des options étaient opposables au salarié (c'est-à-dire de vérifier s'il a été correctement et précisément informé des conditions d'exercice des options) et si l'exclusion était applicable en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour semble, par cette dernière exigence, lier le sort des options au statut de salarié, et même à la satisfaction que le cadre donne au sein de son entreprise. *A contrario*, on peut penser que si le licenciement était fondé et l'information précise, il perdrait ses options : la rémunération ne serait plus causée. Si le licenciement n'est pas fondé, il conserve le bénéfice de ses options. Il n'y a pas de double peine en la matière.

2 – La qualification de la plus-value dégagée

565- Il est possible ensuite de s'interroger sur l'extension de cet enrichissement : quelle est la qualification de la plus-value³⁰¹ que ces outils permettent d'obtenir ?

Même si les mécanismes mis en place diffèrent, c'est toujours la plus-value dégagée à terme entre le prix d'acquisition de l'action et son prix de cession qui concrétise l'avantage recherché³⁰². Aucun texte, ici encore, ne donne de solutions. Techniquement il s'agit bien d'une plus-value³⁰³. Toutefois, au regard des objectifs qui motivent les émissions ou souscriptions, la somme dégagée ne doit-elle pas davantage être rattachée à la catégorie des rémunérations du travail ? Doit-on tenir compte de la forme ou du fond pour qualifier l'enrichissement ?

566- Un raisonnement identique à celui mené pour l'enrichissement procuré par la valeur sociétaire peut être suivi. Les plus-values sur stock-options, actions offertes ou bons de souscriptions sont avant tout un mode de rémunération du salarié³⁰⁴. L'enrichissement ne se réalise que parce que, *ab initio*, une volonté de rémunération a été émise.

567- L'objectif ressortant de ces mesures est que ces formes d'enrichissement constituent une rémunération pour le salarié³⁰⁵. Pourtant, des débats subtils sont menés à propos de cette qualification³⁰⁶. Ils aboutissent parfois à considérer qu'il s'agit à la fois d'un mode de rémunération à long terme³⁰⁷ et d'un mode de motivation du salarié³⁰⁸. Au contraire,

³⁰¹ Sur le problème de la qualification de la plus-value de sortie, v. aussi : GASTAUD (J.-P.) L'associé de passage ... ou l'investissement du créateur d'entreprise et des salariés. (stock-options et bons de croissance). Art. préc., p. 273 et s..

³⁰² On considère que les avantages fiscaux sont ici mineurs, qu'ils ne constituent que des mesures promotionnelles de tel ou tel système.

³⁰³ La différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition.

³⁰⁴ V. en ce sens également : BELIER (G.) et CORMIER (A.) Stock-options et droit du travail. Dr. social 2000, p. 838. « La compétence prud'homale est reconnue pour statuer sur l'action relative aux stock-options, au motif qu'il s'agit d'un élément accessoire au contrat de travail ». V. toutefois : *contra* PARIS, 10 décembre 2002. Dr. sociétés mars, 2003, comm. 51, p. 24 et s.

³⁰⁵ GUICHENDUC (J.) L'épargne salariale : une composante essentielle de la rémunération globale. Banque, septembre 2003, p. 37.- Certains auteurs déconseillent même l'emploi des stock-options comme mode d'incitation des managers à la performance, et souligne l'importance de songer plutôt à un mode de rémunération à long terme, ceci dans l'intérêt de la société elle-même et de ses propres performances. V. DESBRIERES (P.) Les limites des stock-options. Banque, avril 2000, p. 35 et s.

³⁰⁶ Sur les ambiguïtés du dispositif, v. les recommandations patronales du rapport Levy-Lang, groupe de travail du C.N.P.F./A.F.E.P. 1995, cité par VALUET (J.-P.) *Op. cit.*, p ; 15, n° 17 : « On entend partager les fruits de la valorisation de la société mais cela ne doit pas se faire automatiquement, régulièrement, pour que les stock-options ne soient pas une forme de complément de rémunération. Il faut adapter à chaque bénéficiaire le dispositif en fonction de ce qu'on attend de lui par rapport à l'entreprise (*sic*) ».

³⁰⁷ C'est également dans cette rubrique que la revue fiduciaire de mars 2000, n° 20 les classe.

les derniers rapports parlementaires sur la question ont condamné une perception de ces outils en tant que rémunération, considérant qu'ils ne peuvent être que des instruments de motivation³⁰⁹.

La distinction entre rémunération à terme et instrument de motivation est subtile, voire inutile. Toute forme de rémunération même immédiate peut constituer une motivation salariale³¹⁰. C'est le rapport de la rémunération par rapport au travail fourni qui indique si la rémunération est motivante, et pas uniquement équilibrée³¹¹. Un intéressement, une récompense promise est certes motivante, mais en l'espèce sa concrétisation est subordonnée à l'effectivité du travail fourni. La plus-value ne se réalise que si le travail est fourni en conséquence et fait progresser l'entreprise³¹². Il ne s'agit donc au final que d'une juste récompense du travail accompli³¹³, et donc, d'une rémunération.

568- Le moment réel de la rémunération est un autre questionnement. Est-elle immédiate, par l'attribution de l'option, du bon, de l'action, ou différée à la perception de la plus-value ? Dans une optique de fidélisation du salarié à l'entreprise, il est tentant de

³⁰⁸ V. en ce sens. J.O.A.N. Q. 11 décembre 1970, p. 6416. Il s'agit d'« un mode nouveau de rémunération à long terme des personnels des entreprises, en particulier des cadres, comme un moyen de les faire participer à la propriété et de les intéresser à la gestion de leur société ».

³⁰⁹ V. en ce sens : Rapport de MM. Arthuis, Loridant et Marini. Doc. Sénat n° 274 du 17 mai 1995, p. 40. « C'est un instrument de motivation destiné aux cadres, principaux acteurs et moteurs de l'entreprise et devant comporter un risque ».

³¹⁰ Il a de plus déjà été évoqué qu'en sciences de gestion, il n'a pas été établi que participation et motivation étaient liées. V. en ce sens ROUSSEL (P.) *Op. cit.*, DESBRIERES (P.) *Op. cit.* Seule la satisfaction peut s'évaluer, satisfaction corrélative à la rémunération que la mesure représente.

³¹¹ C'est-à-dire la juste contrepartie qu'on entend retirer de l'exécution d'une tâche.

³¹² Le raisonnement est simplifié car en réalité, des paramètres externes paralysent parfois les meilleures actions. V. notamment l'impact du ralentissement mondial de la croissance économique.

³¹³ Il s'agit donc d'une forme de reconnaissance des qualités du salarié : une récompense. Pourtant les derniers débats ont révélé une revendication très forte en faveur d'une généralisation des stock-options à tous les salariés. Bien qu'initialement réservés aux salariés et étendus aux P.D.G., membres du directoire et gérants par la loi du 17 juin 1987, on reproche aux stock-options à la française d'être réservés aux seuls dirigeants, trop individualisés. V. notamment art. *Le Monde*, du 7 octobre 2000 : Pour une extension des stock-options à l'ensemble du personnel et du 27 avril 2000 : Des stock-options pour tous. On leur a reproché également leur absence de transparence. V. sur ce point art. *Le Monde*, du 30 septembre 1999 : Opacités stock-options et du 11 octobre 1999 : La loi obligerait à donner les noms des bénéficiaires de stock-options. V. encore LE NABASQUE (H.) La loi oblige-t-elle à révéler le nom des bénéficiaires des stock-options ? J.C.P. 2000 éd. E., p. 116, Dr. Sociétés décembre 1999, p. 3. Certains journalistes évoquent l'existence d'une « hyper-classe dans l'entreprise » et de revenus qui sont une insulte à la valeur professionnelle des autres salariés. En fait, loin d'analyser le mérite des titulaires de stock-options et la justification des gains encaissés, le grand public constate surtout le résultat, c'est-à-dire une grande disparité des avoirs des français et des modes d'acquisition, ce qui est vécu comme une injustice. En réalité, il faudrait surtout analyser la proportionnalité du gain par rapport au travail récompensé pour apprécier si la rémunération est méritée, juste. Le problème est qu'une trop grande disproportion n'est pas forcément volontaire au jour du plan, c'est le jeu des marchés qui la fait. D'ailleurs, à ce jour où le ralentissement économique est avéré, les marchés sont absolument défavorables. Il ne se trouve personne pour le déplorer, le souligner, voire plaindre les salariés qui étaient rémunérés de manière conséquente par ce moyen.

considérer la seconde hypothèse comme valable. Il s'agirait d'une rémunération différée³¹⁴. Toutefois, l'action, le bon, l'option constituent déjà une valeur, dans certains cas de surcroît négociable ou au moins cessible, donc réalisable. S'ajoute qu'au moment de leur attribution, il y a déjà une intention de rémunérer pour la force de travail accomplie³¹⁵ ou potentielle³¹⁶. Ces cas expriment donc l'existence d'une rémunération immédiate³¹⁷, bien que soumise à aléa³¹⁸.

Certes, au moment de l'émission de la rémunération, la société elle-même ne détient pas les capitaux immédiats pour ce faire. C'est un moyen de payer sans en avoir les moyens : c'est un crédit, une méthode de financement³¹⁹. Mais du point de vue du détenteur, dès l'émission de l'action, de l'option, du bon, cela constitue une valeur économique, même non

³¹⁴ On pourrait donc opérer une distinction parmi les différents modes d'intéressement, entre ceux qui rétrocèdent les profits réalisés antérieurement par la société, et ceux qui répartissent les profits à venir.

³¹⁵ Ainsi, par principe, un salarié qui a quitté la société peut lever l'option (sauf dispositions contraires du plan). La Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de rappeler ce principe à de nombreuses reprises. V. PARIS, 23 septembre 1999. D.1999, p. 38, et le licenciement abusif ne peut le priver de cette prérogative. V. PARIS, 6 novembre 1997. Bull. Joly 1998, p. 112.

³¹⁶ L'éclairage sur la qualification à donner aux stock-options peut également venir des pays anglo-saxons. Ainsi, on constate que plus d'employés en détiennent qu'avant. Il y a une démocratisation importante des stock-options mais toujours avec une certaine logique d'intéressement, de récompense de la performance et du mérite. Certaines sociétés vont même jusqu'à fonder l'octroi des stock-options sur des buts à atteindre, on parle de *performance accelerated stock-options*. En aucun cas, elles ne constituent un mode d'accession au pouvoir dans l'entreprise. L'objectif reste toujours purement patrimonial. Dans les pays anglo-saxons, l'aspect contractuel est très important. Il existe des variantes de *stock-options* et ainsi sans doute des régimes différents suivant la rédaction du plan. (Informations provenant de David Wight, *stock plan consultant*).

³¹⁷ Ce souci de rémunération est notamment corroboré par la possibilité offerte au salarié, victime de l'inexécution de la promesse d'option d'achat, d'obtenir réparation de son préjudice qui n'est pas une perte de chance de devenir actionnaire, mais la perte d'un bénéfice qu'il aurait pu retirer de la négociation sur le marché des actions dont il aurait pu disposer. V. PARIS, 12 juin 1998. D. 1997, I.R., p. 236.- Sur le calcul de cette indemnité, v. encore PARIS, 12 juin 1998. Bull. Joly 1998, §379, p. 2263, note LE CANNU (P.).- On suggère également parfois d'assurer la réalité de la rémunération : ainsi, la mission Balligand-Foucauld avait proposé que le plan puisse prévoir, pour pallier l'absence de marché des sociétés non cotées, la possibilité pour une personne physique ou morale ou un F.C.P. de racheter les actions. L'existence de contrats de couverture est également évoquée. V. VALUET (J.-P.), préc.

³¹⁸ Il ne faut jamais omettre que cette forme de rémunération reste risquée, car dépendante de la réussite de la société et de sa traduction sur le marché boursier. Ainsi, le *Canard Enchaîné* (dossiers en ligne : [La folie Internet, l'envers de la toile année 2000](#)) épingle le système en ces termes divertissants cachant pourtant une réalité assez grave : « Un clic de mulot ne suffit pas pour devenir le nouveau Bill Gates. Il faut aussi savoir faire des sacrifices. C'est comme ça dans la Net économique. Et pour quelques jeunes patrons vernis qui martèlent ce credo, il y a des milliers de jeunes surqualifiés qui s'épuisent dans des locaux minuscules sans compter les heures (...). La standardiste fait jusqu'à 17 heures pour moins que le S.M.I.C. "mais t'en fais pas cocotte, quand on entrera en bourse, avec tes stock-options tu toucheras le bingo!" Le droit du travail est inconnu ou presque dans ce secteur tout neuf et les syndicalistes sont à l'année zéro ».- V. encore : DESBRIERES (P.) [Les limites des stock-options](#). Art. préc. L'auteur souligne l'incidence des stock-options sur les risques pris par les managers. Leur fortune dépend de la performance de l'entreprise dans laquelle ils ont déjà placé leur capital humain. Une telle concentration peut s'avérer néfaste.- V. plus récemment, il est possible de mentionner la mésaventure d'un « ex-patron » très médiatisé dont l'indemnité de départ demandée devait servir à couvrir les frais liés à ses stock-options. Il avait semble-t-il emprunté de lourdes sommes pour lever l'option, mais la chute des cours de la bourse ne lui permettait pas de les rembourser avec les gains réalisés.

³¹⁹ Pour la société, c'est donc aussi un pari sur son avenir et un test de sa crédibilité. Les marchés ne s'y trompent pas, car à l'annonce de l'adoption de l'un de ces plans, les cours de la société concernée enregistrent des rendements positifs significatifs supérieurs à la normale (v. DESBRIERES (P.) *Op. cit.*) Les risques financiers sont d'ailleurs limités pour la société, car l'aléa doit subsister sur l'existence de la rémunération. Les contrats de couverture par la société organisant une plus-value certaine devraient être prohibés (sauf s'ils émanent d'une banque).

réalisée. On peut dire que c'est une forme de rémunération³²⁰ empruntant aux statuts de salarié et d'associé³²¹.

569- Un régime spécifique ne peut se justifier que par la nature exceptionnelle des techniques employées, différant des valeurs mobilières classiques³²². Ces nouveaux mécanismes de constitution de patrimoine diversifient les modes de rémunération et les rendent plus flexibles. Au contraire du salaire³²³, ils sont très ouverts à la négociation, car ils ne sont que des *compléments* de rémunérations. Il serait dommage de les condamner par un régime trop sévère. Le régime du patrimoine ainsi constitué doit tenir compte de sa spécificité.

Paragraphe 2 - Le régime du nouveau patrimoine

570- Le désordre, l'imprécision, le « clair-obscur »³²⁴ caractérisent le régime légal de ces valeurs sociétaires spécifiques. Pourtant, la genèse des lois qui ont institué ces modes de constitution du patrimoine renseigne explicitement sur les buts recherchés : la participation principalement financière du salarié. Un régime cohérent est possible. Le régime de cette rémunération de la force de travail souffre toutefois des deux formes que prend successivement l'enrichissement : valeur sociétaire (A) puis plus-value (B).

Le titre pose des questions essentiellement d'ordre juridique, tandis que la plus-value va centraliser les problèmes fiscaux.

A – Le sort de la valeur sociétaire : aspects juridiques

571- Toute l'ambiguïté réside dans les titres non encore liquidés. Tout en étant de la rémunération en devenir, ils sont déjà fructifères³²⁵ et intègrent en tant que valeurs le

³²⁰ V. en ce sens également : COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 935.

³²¹ V. en ce sens : DUPICHOT (J.) *Les sociétés commerciales*. Montchrestien, 1999, p. 116 et s. L'auteur évoque un « statut économique-social intermédiaire entre contrat de société et contrat de travail ». Ce statut intermédiaire explique la faible représentation du droit du travail dans les règles relatives aux stock-options. V. sur ce point BELIER (G.) et CORMIER (A.) Art. préc.

³²² Il est d'ailleurs symptomatique que les débats relatifs aux stock-options concernent le plus souvent leur régime notamment fiscal.

³²³ Sur négociabilité du salaire : v. PELISSIER (J.), SUPIOT (A.) et JEAMMAUD (A.) *Droit du travail*. Dalloz, 2000, n° 990 et particulièrement s'agissant de l'individualisation des salaires.

³²⁴ V. VATINET (R.) Art. préc.

³²⁵ Droits aux dividendes, droits de votes, droits préférentiels de souscription, etc.

patrimoine du salarié. De surcroît, ils sont, en fonction de leur origine, affligés de régimes juridiques variables, alors qu'ils constituent tous des modes de rémunération. Ce manque de cohérence s'explique peut-être parce que le régime est décidé en fonction des intérêts de l'émetteur et non du détenteur du titre³²⁶.

Le principal problème est celui de la cessibilité, l'aliénabilité du titre. Il faut distinguer ces notions de celle de négociabilité. Un titre peut être négociable, et néanmoins affligé d'une inaliénabilité temporaire. La négociabilité, l'aptitude à être cédé facilement et rapidement par des procédés du commerce, est l'atout pour l'obtention d'une plus-value intéressante, et donc pour constater l'efficacité du titre à constituer du patrimoine.

Le sort des stock-options (1) paraît finalement moins sévère que celui des actions et bons de souscription (2).

1 - La cessibilité hypothétique des stock-options.

572- Le fonctionnement des stocks-options oblige à distinguer deux périodes, séparées par la levée d'option. Avant cette levée d'option, le bénéficiaire du plan est titulaire d'une option (a). Après, il devient titulaire d'actions (b). Le régime de chacune doit être observé.

a) La cessibilité de l'option

573- Au moment où le plan attribue l'option, le bénéficiaire peut choisir entre, lever l'option et concrétiser l'avantage concédé, et, ne pas la lever et renoncer à l'avantage. Dès l'attribution, il bénéficie d'une offre privilégiée puisqu'il peut acquérir un titre à une valeur inférieure à celle du marché. L'option est un droit de créance : un droit attaché à la personne³²⁷ en raison de sa qualité, sa fonction dans la société³²⁸.

³²⁶ Un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris a mis en lumière cette ambiguïté à propos des options de souscription d'actions. Il a été décidé que les options de souscription ne sont pas des accessoires du contrat de travail. Elles ne relèvent donc pas de l'ordre social et ne sont pas soumises à la loi du contrat de travail. Elles relèvent de l'ordre sociétaire et ont vocation à être régies par la *lex societatis*. PARIS, 10 décembre 2002. Dr. sociétés mars. 2003, comm. 51, p. 24 et s. *Contra* : BELIER (G.) et CORMIER (A.) Stock-options et droit du travail. Préc.

³²⁷ COURET (A.) Le sort des stock-options dans les liquidations de communauté ou de succession ; approche critique d'idées nouvelles. J.C.P. éd. N. 1999, p. 525.

³²⁸ En ce sens, v. VATINET (R.) Art. préc.

574- Le principe est que l'option est incessible³²⁹. Pourtant, par dérogation, elle est transmissible aux héritiers³³⁰. Il est vrai que ces derniers recueillent l'universalité du patrimoine du défunt, car ils continuent sa personne. Mais il y a certains droits qui ne sont pas transmis et notamment les droits attachés à la personne³³¹ et les droits éventuels. Cette faculté de transmission aux héritiers laisse supposer que l'option entre dans le patrimoine dès son attribution. Ceci n'est pas choquant dans la mesure où des droits de créance constituent aussi le patrimoine. Toutefois cette même faculté de transmission semble gommer l'*intuitus personae* caractérisant l'offre³³². C'est en fait reconnaître qu'elle est plus qu'un droit personnel, mais qu'elle a une valeur patrimoniale immédiate et constitue dès le départ un avantage : une rémunération.

575- Le problème n'intéresse d'ailleurs pas que l'actif successoral, mais également l'actif communautaire³³³. Il est conseillé d'y intégrer à titre provisionnel les options, qui doivent ainsi être évaluées³³⁴. Cette exception au principe d'incessibilité ne peut s'expliquer que par la valeur indéniable que représente l'option. C'est un droit de créance donnant vocation à la propriété d'actions et qui doit donc être évalué dans le patrimoine du bénéficiaire³³⁵. Sa valeur l'emporte sur le droit éventuel, attaché à la personne. Les idées d'intéressement aux résultats et fidélisation à l'entreprise du salarié qui fondent l'*intuitus personae* sont ainsi dépassées. La seule rémunération, récompense pour les qualités du salarié, est donc retenue. Lorsqu'il s'agit de trancher entre la qualification de biens propres³³⁶ ou de

³²⁹ Art. 225-183 C. com.

³³⁰ VALUET (J.-P.) *Op. cit.*, n° 53. Les héritiers peuvent exercer l'option dans les six mois du décès.- v. également DEPONDT (A.) Régime des stock-options. Donation de titres et conséquences fiscales. Dr. et patrimoine 2001, n° 92, p. 37 et s.

³³¹ Des droits de créance *intuitu personae*.

³³² La plupart des créances empreintes d'*intuitus personae* ne sont pas transmises dans les successions. Ainsi, l'obligation de faire du médecin, de l'avocat, de l'architecte ne sont pas des dettes du passif de leur succession. V. encore sur l'épineuse question de l'obligation de couverture de la caution : Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1986. Defrénois 1987, art. 33845.

³³³ LAYE-BAFFERT (C.) et DADOIT (M.) Le sort des stock-options dans les partages de communauté et les transmissions familiales. Defrénois 2002, art. 37581.

³³⁴ SAUVAGE (F.) Communauté, succession et stock-options. Bulletin du Cridon, note pratique du 1^{er} au 15 août 1998 ; art. également reproduit à la revue Dr. et patrimoine novembre 1998, p. 38 et s. *Contra* : COURET (A.) Art. préc.

³³⁵ V. pour un raisonnement analogue à propos de crédit-bail : Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1997. J.C.P. éd. N. 1998, p. 891, note CABRILLAC (R.)

³³⁶ Les *stock-options* seraient des droits personnels liés à la qualité de salarié.

biens communs, les auteurs³³⁷ se prononcent d'ailleurs pour la plupart en faveur de la qualification de biens communs, par analogie avec les gains et salaires³³⁸.

576- Ces exceptions militent en faveur de la qualification de rémunération de l'option, dès son attribution et avant même la levée. Le régime de principe de l'incessibilité se justifie donc difficilement. En réalité, la qualité de celui qui lève l'option semble garder une importance. Celui qui lève l'option intègre le rang des détenteurs du capital social : il devient actionnaire. Le principe d'incessibilité se justifie certainement par un souci d'attribuer des actions aux salariés de la société ou au moins à leur famille proche.

Une dernière incohérence apparaît alors. En effet, les bénéficiaires peuvent exercer leurs droits même s'ils ont quitté la société³³⁹ et ce, quelles que soient les raisons de leur départ³⁴⁰. La loi n'a pas expressément prévu le contraire, même si le règlement du plan d'option reste conventionnellement libre de prévoir des conditions comme celle de faire partie de l'entreprise, etc. Il semble donc que la qualité de salarié importe peu, ce qui tend à justifier encore une fois la qualification de rémunération de l'avantage consenti, rémunération immédiate et pour l'avenir.

Le principe d'incessibilité de l'option est donc contredit par toute une série de mesures d'exceptions, qui, au contraire, militent en faveur d'une dépersonnalisation de l'option.

b) La cessibilité de l'action

577- Une fois, l'option levée, les règles s'éclaircissent. Les actions souscrites font évidemment partie du patrimoine du salarié, et en constituent une valeur. Les frapper alors d'incessibilité serait surprenant. Le principe est que, dès la levée d'option et l'inscription en

³³⁷ V. notamment SAUVAGE (F.) Art. préc., n° 15-16. *Contra* : COURET (A.) Art. préc., MABRU (J.-P.) Stock-options et liquidation de communauté : arguments pour une controverse. Dr. et patrimoine, n° 67, 1999, p. 32.

³³⁸ Art. 1401 C. civ. Les gains et salaires sont communs. Sur les débats doctrinaux et la consécration jurisprudentielle de leur qualification, v. FLOUR (J.) et CHAMPENOIS (G.) *Les régimes matrimoniaux*. Armand Colin, Paris, 2001, n° 260.- Cass. civ. 1^{re}, 8 février 1978. Bull. civ., I, n° 53.- La notion de gains et salaires paraît s'appliquer à tous les revenus professionnels des époux. Toute somme perçue au titre de la participation aux résultats d'une entreprise est perçue comme un gain ou salaire. V. rapport. LATOURNERIE (Ph. et A.) *In 75^{ème} Congrès des Notaires de France. Le statut matrimonial du français*. La Baule 7-10 mai 1978 tome 1 p. 463.-

³³⁹ SAUVAGE (F.) Art. préc. n° 51.- v. également : PARIS, 23 septembre 1999, préc., J.C.P. éd. E. 2000, chron., p. 797, n° 3 ; Bull. Joly 2000, § 44, p. 227, note VELARDOCCIO (D.) ; Dr. sociétés mai 2000, n° 79, p. 18.

³⁴⁰ Ceci, ajouté au caractère irrévocable de l'option une fois convertie (note du comité juridique de l'ANSA 8 novembre 1989, n° 2488.) conduit à penser que la force de travail est donc récompensée dès le moment où le plan est proposé et non *in fine*. Le plan est d'ailleurs irrévocable pendant un certain délai. V. sur ce point *supra* note de bas de page 279.

compte, les bénéficiaires ont le droit de jouissance. Les actions sont librement cessibles. Elles sont donc négociables et peuvent être cédées par simple virement de compte à compte. Il est parfois prévu qu'une personne physique ou morale, voire un fonds commun de placement constitué dans le cadre d'un P.E.E., rachètera les actions. Le Conseil d'administration peut toujours interdire dans le plan la revente des actions dans un délai³⁴¹ en mentionnant des dérogations³⁴².

Le régime des stock-options est relativement conforme à leur objectif puisqu'il n'interdit pas une revente rapide des titres, permettant la constitution d'une plus-value et donc un enrichissement. Il en va différemment des bons de souscriptions et actions attribués aux salariés.

2 - L'inaliénabilité des actions et bons de souscriptions

578- Les bons de souscriptions autonomes sont par principe incessibles³⁴³. La règle est analogue pour les bons de créateurs d'entreprise³⁴⁴. Une fois le titre souscrit, celui-ci n'est pas frappé d'inaliénabilité. En ce sens, le régime des bons se rapproche donc de celui des stock-options. Toutefois, l'article 225-178 du Code de commerce prévoit la possibilité de rendre indisponibles ces actions, au plus, pendant 3 ans. De même, la cessibilité peut être limitée par des clauses d'agrément contraignantes. Le souci de conserver à ces bons leur avantage patrimonial conduit la pratique à réduire les risques et garantir une plus-value. Il sera fréquemment prévu la possibilité de céder les titres à un autre associé, selon des critères objectifs.

579- Un principe d'inaliénabilité temporaire³⁴⁵ était posé pour les actions réservées aux salariés. La durée était fixée à cinq ans³⁴⁶. Le salarié ne pouvait donc pas envisager de réaliser l'action rapidement. Ses espoirs de constitution de plus-value étaient donc repoussés. Cette

³⁴¹ Ce délai doit toutefois rester inférieur à trois ans.

³⁴² Cette disposition ne se justifie qu'en faveur de la société qui évite ainsi d'avoir à verser des cotisations (sécurité sociale, C.S.G. et C.R.D.S.) sur la plus-value d'acquisition, si le salarié cède ses titres moins de cinq ans après la date d'attribution de ses options.

³⁴³ Dict. perm. Art. préc., n° 5.

³⁴⁴ V. NOUEL (C.) Art. préc., qui explique la règle par le besoin des entreprises de croissance d'attirer des équipes compétentes et de les fidéliser.

³⁴⁵ Le principe subsiste pour cinq ans après la date de publication de la loi sur l'épargne salariale et demeure applicable aux dernières actions émises selon ces principes.

³⁴⁶ Art. 225-194 et 225-197 C. com. encore applicables.

disposition répondait sûrement à l'intérêt de la société qui stabilise ainsi son actionnariat, et fidélise, et peut-être même motive par la même occasion le salarié.

Cette règle connaissait des exceptions lorsque le salarié demandait la résiliation ou la diminution de ses engagements ou encore lorsqu'il demandait un congé pour création d'entreprise³⁴⁷. De plus, les droits de souscription accessoires à ces actions étaient immédiatement négociables³⁴⁸.

580- Juridiquement, le régime de l'ensemble de ces valeurs est donc globalement favorable à leur réalisation rapide. L'objectif d'enrichissement du salarié par la plus-value semble légitime pour autant qu'il ne porte pas ombrage à un objectif précis de la société. Les exceptions à la cessibilité ne se justifient souvent que par un souci de fidélisation de ce type d'actionnariat et l'objectif de motivation accessoire à celui de rémunération du salarié. Les nombreuses dérogations consenties (pour la concrétisation d'un autre projet du salarié notamment) viennent confirmer que le régime tout entier de cette forme de rémunération devrait être favorable au salarié et à son enrichissement. La rédaction du plan est également importante pour déterminer le régime applicable. La négociation contractuelle peut trouver sa place³⁴⁹.

581- Il faut distinguer ces délais de conservation³⁵⁰ qui intéressent l'option, le bon ou les titres sociaux eux-mêmes, des mesures fiscales pénalisantes qui frappent les cessions rapides, et qui ont un impact patrimonial certain.

B – Le sort de la plus-value : aspect fiscal et social

582- Face aux abondantes dispositions fiscales³⁵¹ intéressant les plus-values³⁵² dégagées de la cession de ces titres, on parle souvent, à tort, d'indisponibilité des titres. Ces mesures ne

³⁴⁷ *Participation des salariés*, *Op. cit.*, n° 47000 et s.- Art. L 225-193 C. Com. encore en vigueur.

³⁴⁸ Art. 225-194 et 225-197 C. com. encore applicables.

³⁴⁹ V. notamment PARIS, 23 septembre 1999, Bull. Joly 2000, §44, p. 227 obs. VELARDOCCHIO (D.) Cet arrêt illustre l'importance de la rédaction du plan quant il s'agit de modifier le régime du plan. V. encore PARIS, 6 novembre 1997. D. 1997, I.R., n° 263 ; Bull. Joly 1998, p. 112, §43, note VELARDOCCHIO (D.) ; Dr. Sociétés 1998, comm., n° 40, note BONNEAU (Th.) Cet arrêt vient trancher, en fonction de la rédaction du plan, un litige concernant un cadre licencié pour une cause autre qu'économique, désirant lever l'option.

³⁵⁰ Dans l'esprit, il s'agit en effet davantage d'un délai de conservation qu'une véritable incessibilité ou inaliénabilité. Ces mesures sont prises surtout en faveur de la société : la stabilité de l'actionnariat, le succès d'une mesure de motivation ou fidélisation des salariés pouvant les justifier. Il n'est pas véritablement fait obstacle à la réalisation d'un gain, d'un avantage pécuniaire par le salarié. En revanche, on le retarde.

peuvent interdire la cession. Elles ne font que la pénaliser fiscalement en prévoyant un impôt plus élevé. Elles découragent la cession.

Le régime fiscal des plus-values dégagées est variable selon l'origine de l'acquisition de l'action. Cela démontre une certaine incohérence liée à la difficile qualification de ces valeurs sociétaires³⁵³.

583- L'actionnariat du secteur privé et les B.C.E. connaissent un régime fiscal de faveur. L'actionnariat du secteur privé était assorti de plusieurs avantages fiscaux. L'abondement effectué par la société était exonéré d'impôt pour le salarié à concurrence d'un certain plafond et les sommes qui étaient prélevées sur son salaire pour l'acquisition des actions étaient déductibles. La plus-value de cession des titres acquis en vertu des régimes légaux d'actionnariat des salariés était exonérée d'impôt à condition que les titres revêtent la forme nominative et comportent la mention d'origine, c'est-à-dire des titres réservés aux salariés en application d'une disposition légale spécifique.

584- Les bons de souscriptions réservés aux créateurs d'entreprise sont également assortis d'un régime fiscal et social de faveur³⁵⁴. Les encouragements à la création sont soutenus ainsi en leur permettant, en cas de réussite, un profit plus important. Leur force de travail est ainsi récompensée *a posteriori* par l'attribution d'une fraction du capital social, dont la plus-value en cas de cession est assortie d'un cadeau fiscal. Le gain net réalisé lors de la cession des titres acquis en exercice de ces bons est imposé à l'impôt sur le revenu comme plus-value de cession de valeur ordinaire³⁵⁵ si le bénéficiaire a été salarié à la date de la cession pendant au moins trois ans dans l'entreprise. Dans le cas contraire, le taux d'imposition s'élève à 30 %³⁵⁶. Ces taux comparés à ceux d'autres plus-values sur cession de titres, mais également aux taux les plus élevés d'imposition des salaires, laissent supposer

³⁵¹ Il est choisi délibérément de traiter de l'aspect fiscal des *stock-options* dans ce titre consacré à la croissance du patrimoine, afin de souligner le décalage existant entre les objectifs juridiques de ces outils, rémunérateurs du patrimoine, et le régime fiscal qui leur est imposé.

³⁵² Le régime fiscal des dividendes perçus lorsque les actions sont maintenues dans le patrimoine du détenteur n'est pas abordé ici, car l'intérêt patrimonial de ces actions spécifiques réside principalement dans la plus-value qu'elles permettent de dégager.

³⁵³ Pour d'autres difficultés fiscales liées aux *stock-options*, v. BEROARD (J.-C.) Stock-options : la déductibilité des « moins-values » sur option de souscription en matière d'impôt sur les sociétés, Dr. fiscal 9 avril 2003, p. 571 et s.- PECQUEUR (O.) Donation de stock-options : une efficacité relative, Dr. fiscal 19 mars 2003, p. 462 et s.

³⁵⁴ Mémento Francis Lefebvre fiscal, n° 7956.

³⁵⁵ Pour le taux applicable, v. *infra* n° 830 et s.

³⁵⁶ Art. 163 bis G.C.G.I. Il faut ajouter à ce taux, les prélèvements sociaux additionnels. Le taux effectif s'élève donc à 40 %.

qu'effectivement, cette forme de rémunération est exceptionnellement bien traitée. Ce régime fiscal avantageux se justifie par l'intention de promouvoir la création de sociétés de croissance, s'appuyant sur des salariés compétents et fidèles. La loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique a d'ailleurs encore assoupli son régime en ouvrant la possibilité d'attribution de B.C.E. à un plus grand nombre d'associé³⁵⁷.

Un cadeau fiscal similaire est aujourd'hui remis en cause à d'autres mécanismes récompensant la force de travail, et qui ont pourtant des objectifs fort similaires. C'est le cas des stocks-options.

585- Les avantages des stock-options au niveau fiscal ont été réduits par la loi du 29 décembre 1989, et plus récemment par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques³⁵⁸. Cette défaveur fiscale est la traduction d'une hostilité populaire aux stock-options. Le grand public vit comme une injustice l'importance des gains procurés à une certaine catégorie de salariés seulement. Les recettes fiscales profitent ainsi de ce que le législateur se fait juge du bien-fondé de ces rémunérations, qui sont avant tout le résultat du jeu des marchés lesquels sont de plus en plus imprévisibles³⁵⁹. La démarche surprend également, car les stock-options ont un champ d'application plus large, susceptible de s'adresser à un nombre plus important de salariés que les B.C.E.

586- En effet, pour les options attribuées depuis le 20 septembre 1995, l'avantage retiré de la levée d'option³⁶⁰ est imposable³⁶¹ :

- comme un complément de salaire (barème progressif de l'impôt sur le revenu), si la cession intervient moins de 4 ans après l'attribution,

³⁵⁷ L'art. 26-III-3 de la loi précise que pour le calcul des pourcentages de détention du capital il n'est pas tenu compte des fonds d'investissement de proximité.

³⁵⁸ J.O. 16 mai 2001, 7716.- VIANDIER (A.) *Sociétés et Loi N.R.E.* Dossiers pratiques Francis Lefebvre, 2001.

³⁵⁹ Il faut se garder de prêter à la fiscalité le seul rôle de « fiscalité sanction », alors qu'en réalité, elle a également et théoriquement un rôle de redistribution. En fait, les modifications du régime fiscal des *stock-options* sont surtout révélatrices d'un débat purement politique (on notera que parfois, même au sein d'un même parti politique, les avis divergent. V. sur ce point les propos divergents tenus par F. Hollande et D. Strauss-Kahn sur les *stock-options*, art. *Le Monde* du 30 septembre 1999 : L'interminable controverse autour des stock-options, et du 26 avril 2000 : Laurent Fabius à la recherche d'un compromis sur les stock-options, et Actionnariat salarié : quinze mois d'hésitations à gauche). Au final, on épingle fiscalement les uns (notamment une catégorie de dirigeants) et satisfait les autres. Il y a là une grande incohérence juridique et fiscale. D'une part on pénalise les *stock-options*, d'autre part on favorise les bons de créateurs d'entreprise. Où est la logique ?

³⁶⁰ C'est à dire la différence entre la valeur du titre à la date de levée de l'option et le prix de souscription ou d'achat (plus value d'acquisition).

³⁶¹ V. art. 80 bis, 163 bis C, 150 0 A et 150 A bis C.G.I.

- comme plus-value sur valeurs mobilières au taux spécifique de 30 %, soit compte tenu des prélèvements sociaux 40 %³⁶², si la cession intervient plus de 4 ans après l'attribution.

La loi sur les nouvelles régulations économiques porte toutefois ce taux à 40 % (soit 50 % prélèvements inclus) pour les options attribuées à compter du 27 avril 2000, au delà de 150.000 euros de gains annuels³⁶³.

Sur option, le bénéficiaire des stock-options peut choisir l'imposition comme un salaire sans application du système du quotient.

La plus-value³⁶⁴, quant à elle, est imposable au taux de droit commun c'est à dire 26 % compte tenu des prélèvements sociaux³⁶⁵.

587- Traditionnellement, la politique de participation des salariés est soutenue par l'octroi d'importantes exonérations fiscales et sociales. Le débat sur les stock-options suscite une hésitation constante entre encourager ces pratiques ou les restreindre par un régime fiscal durci. Il est dommage de ne pas s'attacher à corriger les causes des dérives, plutôt que de traiter uniformément l'ensemble des gains³⁶⁶.

La véritable fonction de ces outils n'est pas analysée. Ils ne sont pas rendus accessibles. La fiscalité continue à encourager un comportement « d'inscription dans la continuité du salarié », alors que ces outils constituent pour lui un mode de constitution de patrimoine, laquelle n'est effective qu'en cédant les titres et donc en quittant la société³⁶⁷. Les deux dernières lois relatives à l'épargne salariale et aux nouvelles régulations économiques n'ont pas réglé ce décalage. Au contraire, l'incidence apparaît encore plus forte lorsque l'on observe que les B.C.E. s'adressant à une population de salariés moins importante sont plus favorablement traités fiscalement que les stock-options³⁶⁸. Si la force de travail doit trouver

³⁶² Comp. taux de 26 % des B.C.E.

³⁶³ Art. 200 A C.G.I.

³⁶⁴ C'est à dire la différence entre le prix de cession du titre et leur valeur au jour de la levée d'option (plus value de cession).

³⁶⁵ Le rabais correspondant à la différence entre le prix de souscription et la valeur réelle de l'action au jour du plan, est taxé, s'il excède les 5 %, dans la catégorie des traitements et salaires au titre de l'année au cours de laquelle l'option est levée. Peu importe qu'il y ait ou non cession de titres.

³⁶⁶ V. en ce sens, HANOTAUX (P.) Art. préc., p. 22.

³⁶⁷ En somme, on attend de lui un comportement d'investisseur.

³⁶⁸ La loi sur l'Épargne salariale et la loi de modernisation sociale ont mis l'accent sur les plans d'épargne entreprise qui connaissent du coup les faveurs fiscales méconnues aux autres systèmes de rémunération. Il y a là une volonté politique de promouvoir une forme d'épargne à long terme, qui peut être le support d'investissements, mais qui constitue une rémunération différée. Les dispositions visent à favoriser la constitution de plans d'épargne inter-entreprises afin de ne pas défavoriser les petites entreprises. La technique sociétaire est donc moins directement au service de la constitution de patrimoine avec ces mécanismes. La cible de ces placements ne sera pas forcément une action, mais pourra être n'importe quelle valeur mobilière.

dans la technique sociétaire des moyens de sa concrétisation et sa rémunération, le législateur ne doit pas en décourager l'emploi.

588- En résumé, il est plus logique de délimiter le domaine d'application des outils de constitution de patrimoine à des objectifs identifiés et d'assouplir leur régime, plutôt que de les laisser se démultiplier en prenant des formes variées, puis de les affliger d'un régime défavorable³⁶⁹.

³⁶⁹ Dans cette dernière hypothèse, il semble bien que la mesure juridique est dévoyée à des fins de communication politique.

Conclusion du chapitre

589- Pour certains auteurs, la force de travail est aujourd'hui un bien dans le commerce. C'est un bien mêlant acquis et inné³⁷⁰ et qui a une valeur³⁷¹. Elle devrait donc être un élément du patrimoine et pourtant, elle n'y est pas évaluée. Même valorisée, la force de travail ne peut intégrer le patrimoine³⁷². La technique sociétaire permet seule de l'objectiver. Elle constitue une alternative à la prise en compte de la force de travail dans le patrimoine. Elle semble être, avant toute réforme, la seule technique accordant de l'importance aux valeurs humaines et non seulement matérielles³⁷³.

590- L'actionnariat salarié a connu un développement rapide en France. Si la société l'utilise comme un mode de stabilisation de son capital ou un outil de gestion sociale, son intérêt pour le salarié réside dans son aspect financier³⁷⁴. C'est un moyen d'obtenir une concrétisation patrimoniale de sa force de travail.

Toutes les techniques sociétaires ne présentent pas le même rendement face à cet objectif de constitution de patrimoine. Les sociétés ouvrières, étrangères par leur essence à cet objectif, sont inefficaces. Les sociétés professionnelles, bien que n'offrant pas des valeurs sociétaires négociables, amorcent une patrimonialisation de la force de travail.

C'est surtout avec l'utilisation des valeurs sociétaires négociables comme support de la participation des salariés que la performance de la technique sociétaire à constituer du patrimoine est démontrée. Plus que la valeur de l'action intégrée au patrimoine ou le dividende potentiellement recueilli, c'est surtout la plus-value qu'il est possible d'en dégager qui offre les plus belles perspectives d'enrichissement pour le salarié. Avec la troisième révolution industrielle³⁷⁵, pourrait émerger une nouvelle élite, qui se constitue un patrimoine à partir des stock-options, par exemple³⁷⁶. Le pouvoir est ainsi relégué au second plan³⁷⁷, puisque l'accroissement patrimonial se réalise, précisément, en quittant la société.

³⁷⁰ Donc toujours très personnel.

³⁷¹ V. ZENATI (Fr.) *L'immatériel et les choses*. In *Le droit et l'immatériel*, archives de philosophie du droit, tome 43. Sirey, 1999, p. 79 et s. et spécialement p. 92.

³⁷² La difficulté réside en sa difficile évaluation et son inaccessibilité.

³⁷³ V. pour le souhait de techniques juridiques « qui accordent autant d'importance aux valeurs humaines qu'aux valeurs matérielles », ALFANDARI (E.) Art. préc., n° 16 *in fine*.

³⁷⁴ Art. *Le Monde* du 26 mai 1999 de S. LAUER et F. LE MAITRE.

³⁷⁵ Laquelle connaît quelques difficultés de démarrage...

³⁷⁶ JACQUIN (J.-B.) *Aux sommets du CAC 40, la plus-value s'envole*. *L'expansion* n° 628, 14-27 septembre 2000, p. 62 et s.

Cet objectif patrimonial est reconnu, notamment par la dernière loi sur l'épargne salariale. Mais cette reconnaissance ne se traduit pas totalement au niveau du régime juridique de ces outils d'enrichissement. Certes, il est tenté d'en faire bénéficier le plus grand nombre de salariés. Mais toute entreprise n'est pas exploitée sous la forme d'une société par actions³⁷⁸ et les autres formes d'intéressement mis en place seront difficilement équivalentes en performance. De plus, ces mesures s'accompagnent de dispositions fiscales incitant à la conservation des titres et diminuant ainsi l'opportunité de les réaliser au bon moment sur le marché afin d'obtenir le meilleur gain possible³⁷⁹. S'ajoutent enfin des différences de traitement fiscal surprenantes.

591- La politique annoncée semble réaliser enfin que la réussite économique va de pair avec le progrès social³⁸⁰. La profonde transformation sociale ne peut se réaliser qu'en trouvant de nouveaux repères dans un contexte économique donné. Avec les nouvelles lois sur l'épargne salariale, il est tenté de cumuler et rendre compatibles des objectifs différents³⁸¹ et ceci avec un effet démultiplicateur³⁸². Les effets observés sont déjà nombreux : une plus grande flexibilité économique, une incitation à l'épargne, une fidélisation du salarié, une pédagogie économique, des ressources complémentaires de financement pour l'entreprise, une satisfaction du salarié par la rémunération et donc une nouvelle répartition des richesses, etc³⁸³.

Un autre effet patrimonial de cette politique marque une évolution profonde de notre société. Non seulement elle enrichit le salarié, l'aide à se constituer un patrimoine, mais encore elle met en avant la compétence et la valeur-travail et place sur le devant de la scène les *sachants* à la place des *ayants*. Cette politique leur donne une culture proche de celle des travailleurs indépendants des membres de professions libérales³⁸⁴. En même temps, elle a l'avantage d'être stimulante, car c'est sans doute ce qui les fait quitter l'entreprise (et ne les

³⁷⁷ V. également en ce sens : GASTAUD (J.P.) Art. préc.

³⁷⁸ Ces dernières étant les plus efficaces pour l'obtention d'un enrichissement.

³⁷⁹ V. *supra* note de bas de page 318 la mésaventure décrite d'un président de conseil d'administration sur le départ. *Adde* : le personnel de Microsoft et ses stock-options.

³⁸⁰ SAURET (A.) *Op. cit.* p. 10.

³⁸¹ V. HANOTAUX (P.) Art. préc., p. 16 et s. Le co-auteur du rapport Balligand-Foucauld cite tout à la fois une amélioration des revenus du salarié, améliorer la performance des entreprises, contribuer à la reconquête des fonds propres, favoriser une gestion participative, adoucir les inégalités, etc.

³⁸² MAILLARD (P.) *Intéressement, participation, actionnariat*. Delmas, 1986, p. 13.

³⁸³ En ce sens, v. SAURET (A.) *Op. cit.* p. 11.

³⁸⁴ Ils subissent comme eux les difficultés liées à un contexte économique mondial par exemple. V. également PAILLUSSEAU (J.), art. préc., n° 8 et 9. Les nouvelles techniques d'organisation des entreprises regroupant en activité autonome des tâches jusqu'alors fractionnées confèrent à la personne ou l'équipe, à qui est confié ce cycle d'activité, davantage d'initiative et d'esprit de décision et met en valeur les compétences, la créativité.

retient pas contrairement à ce que l'intéressement tente de faire). Les *sachants* veulent avoir l'occasion d'utiliser l'acquis patrimonial au service de leur initiative personnelle³⁸⁵.

S'agissant de valoriser leur tout nouveau patrimoine, la technique sociétaire va encore les servir. La performance des valeurs sociétaires s'affirme davantage encore lorsqu'il s'agit de faire fructifier un patrimoine.

³⁸⁵ V. art. en ligne de *Libération*, 30 décembre 1999. « Faire ce qui m'intéresse, sans freins ». Quatre créateurs de start-up exposent leurs motivations de changement. Propos recueilli par MAURIAC (L.)

CHAPITRE 2

La fructification du patrimoine

592- La fructification¹ suppose l'existence d'un patrimoine de départ. Il est susceptible de rendement et la technique sociétaire peut contribuer à l'accroissement de ce rendement. L'expression « faire travailler son argent »² trouve, en l'espèce, tout son sens.

Les fruits du travail sont opposés, assez schématiquement, aux fruits du capital. C'est notamment le cas lorsqu'il s'agit, par exemple, de déterminer un système d'imposition³. Cette opposition se fonde sur l'idée que les revenus du travail sont ceux qui résultent d'une activité salariée ou indépendante, tandis que les revenus du capital sont les fruits bénéficiant à un patrimoine investi, qu'il soit mobilier ou immobilier. Il laisse supposer que le patrimoine investi ne passe plus par une exploitation, par la force de travail.

Cette vision est réductrice car elle conduit à assimiler la fructification à un placement qui ne passe que par des opérations financières et non plus par l'activité et le travail. C'est une conception passive des modes de fructification du patrimoine. En effet, il peut croître grâce à la création de valeur d'une société. Cette perspective regarde des hypothèses plus variées que le seul rendement statique du patrimoine⁴.

593- Une fois le patrimoine constitué, se pose la question de son affectation. Les modalités de gestion de patrimoine sont en effet diversifiées, du simple livret d'épargne aux SICAV en passant par l'immobilier.

Il se trouve qu'affecté à une société, le patrimoine intègre une démarche particulièrement dynamique et donc propice au développement. Ce dynamisme tient à l'objet des sociétés qui est de dégager des bénéfices ou de réaliser des économies. L'observation des

¹ Au sens propre, *fructification* signifie la formation, la production de fruits. V. en ce sens : Le Petit Robert, v° fructification. Au sens figuré, cela induit l'idée de produire un effet ou un résultat avantageux et plus spécifiquement de produire des bénéfices, v. en ce sens *loc. cit.*, v° fructifier, sens 3 et 4. Dans le langage courant, on entend fréquemment les expressions : faire fructifier un capital ou de l'argent.

² Ou encore « faire produire son argent », c'est-à-dire lui procurer un profit. V. Le Petit Robert, v° produire, sens 5.

³ V. *infra*, n° 683.

⁴ Comme le placement d'une somme d'argent sur un livret A, dont la récente baisse des taux prouve le faible intérêt.

modes de fructification du patrimoine impose toutefois de distinguer entre deux catégories de sociétés : les sociétés *entrepreneuriales*⁵ et les sociétés patrimoniales.

594- Les sociétés sont entrepreneuriales lorsqu'elles concourent à la réalisation d'une œuvre, d'une opération, d'un travail : elles développent une activité. La référence à la notion d'entreprise pourrait réduire l'expression à la seule acception d'organisation autonome de production. Ce serait toutefois nier une réalité économique. En effet, dans le langage courant, il est habituel d'entendre tout aussi bien le boucher, le plombier, que le notaire ou l'expert-comptable parler de « son entreprise »⁶. Ils font ainsi référence au sens premier du terme, c'est-à-dire la mise à exécution d'un dessein⁷. Il s'agira donc de sociétés autant professionnelles qu'industrielles. Affecter son patrimoine à une société entrepreneuriale, c'est l'affecter comme support de son activité. L'accroissement du patrimoine dépend du succès de l'entreprise développée. Il a été amplement démontré que la société est une technique d'organisation de l'entreprise⁸, si bien qu'il est possible de confondre société et entreprise. Parler de société entrepreneuriale ne relève pas du pléonasme. Cela met en relief l'existence de sociétés patrimoniales.

595- Un débat subsiste sur l'existence, voire la validité, des sociétés patrimoniales. Il est particulièrement vivace lorsque le critère de fictivité retenu est l'exercice d'une activité⁹. La jurisprudence valide pourtant ces sociétés, qui bénéficient de surcroît d'appuis législatifs, avec des formes sociales adaptées¹⁰. Affecter son patrimoine à une société patrimoniale, c'est le confier à une société ayant pour unique finalité ce patrimoine, qu'il s'agisse d'un but de gestion politique ou économique.

⁵ Parler de « sociétés entrepreneuriales » n'est pas un néologisme. Cet adjectif est entré dans les dictionnaires français en 1984 (Le Petit Robert, v° entrepreneurial). Il est issu de la langue anglaise. Il fait référence à ce qui est relatif à l'entreprise. L'entreprise est un mot usité en français depuis le XVI^e siècle. En droit, la tendance lui donne l'acception réduite d'organisation autonome de production de biens ou de services marchands (Le Petit Robert, v° entreprise, sens 3). C'est également le fait pour un entrepreneur de s'engager à fournir son travail et parfois la matière pour un ouvrage donné dans des conditions données. Le mot s'apparente alors au louage (*Ibid.*, sens 2).

⁶ Ainsi une campagne publicitaire en faveur des métiers d'artisanat faisait-elle référence à l'idée que la plus grosse entreprise de France était l'artisanat.

⁷ Le Petit Robert, v° entreprise, sens I-1.

⁸ PAILLUSSEAU (J.) *Société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*. *Op. cit.*- A sa suite, l'Ecole de Rennes de droit des affaires a développé l'affirmation.

⁹ V. *supra* n° 86 et s.

¹⁰ V. *infra* n° 643 et s.

La fructification du patrimoine peut donc se faire dans une société exerçant une activité ou non¹¹.

596- Il ne semble pas que la rentabilité du patrimoine soit un critère de distinction entre les sociétés entrepreneuriales et patrimoniales. Les composants¹² du patrimoine affecté ne différencient pas plus ces sociétés¹³. En revanche, le risque semble être un premier repère. En effet, le développement du patrimoine n'est pas assuré de la même manière dans une société entrepreneuriale ou patrimoniale. Dans la première, la valeur sociétaire est la source involontaire de l'efficacité de la valorisation, car cette société n'a pas pour objet la fructification patrimoniale de ses associés, mais d'abord sa propre réussite¹⁴. Au contraire, dans une société patrimoniale, le but exprès est la recherche de fructification du patrimoine. Ce sont les choix sociaux (et non plus la prise de valeur du titre social) qui détermineront en grande partie la valorisation patrimoniale.

Le titulaire du patrimoine est donc davantage protégé dans ces secondes sociétés. Inversement, son implication dans la société est de moins en moins active¹⁵.

597- Il convient d'étudier d'abord la fructification du patrimoine dans une société entrepreneuriale¹⁶ (section 1), avant de voir ensuite la fructification dans une société patrimoniale (section 2).

¹¹ Ainsi une comparaison d'objet social peut se faire. Dans une société entrepreneuriale, l'objet social correspond au développement d'une entreprise spécifique, et le patrimoine affecté n'est qu'un moyen de réalisation de l'objet social. Dans ce cas, la fructification du patrimoine est indirecte. Elle se fait *via* la participation à la société qui va prendre de la valeur, si la société réussit son entreprise. Dans une société patrimoniale, l'objet social consiste en la gestion d'un patrimoine en vue de l'optimisation des avantages qu'il confère. Deux types d'avantages sont recherchés. Un premier objectif est la fructification, c'est à dire le développement pécuniaire du patrimoine, la société patrimoniale exerçant une gestion économique du patrimoine qui lui est confié. La fructification du patrimoine est un service qu'elle assure. Les moyens de réalisation sont moins matériels qu'intellectuels. On met en œuvre des stratégies de placement et de composition. Dans ce cas, la fructification dépend donc de l'aptitude de la société à trouver les bons moyens de développement du patrimoine. Le second objectif est la structuration, c'est à dire la séparation du patrimoine mais aussi la répartition des pouvoirs sur le patrimoine, la société patrimoniale procédant alors à une gestion politique du patrimoine qui lui est confié. C'est cette forme de société patrimoniale qui est le plus contestée en jurisprudence dès lors que le critère d'activité est avancé comme critère de qualification des sociétés. Cette forme de société a été étudiée précédemment, et même si une bonne structuration peut induire des conséquences économiques favorables pour le patrimoine structuré, l'évaluation en est difficile et le résultat pécuniaire n'en est pas le premier objectif. Ce n'est pas la fructification qui est recherchée. En conséquence, seules les sociétés patrimoniales de fructification seront étudiées dans ce chapitre.

¹² CATALA (P.) *La Transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*. Art. préc.

¹³ Un brevet d'invention, un immeuble, une somme d'argent peuvent indifféremment être affectés à une société entrepreneuriale ou patrimoniale.

¹⁴ L'institution « s'autonomise » du contrat de société pour poursuivre son propre intérêt.

¹⁵ C'est là une connexion connue entre responsabilité et pouvoir (v. notamment s'agissant du patrimoine : FROMION-HEBRARD (B.) *Op. cit.*, et s'agissant de la technique sociétaire : SCHILLER (S.) *Op. cit.*) L'intervention génère un risque potentiel.

SECTION 1

La fructification du patrimoine dans une société entrepreneuriale

598- Dans cette hypothèse, le patrimoine est affecté à une société qui s'en sert pour développer sa propre activité. En échange, l'associé reçoit des parts sociales ou actions susceptibles de valorisation en fonction de la réussite de l'entreprise¹⁷.

Le gain pécuniaire passe par la création de valeur¹⁸ qu'est capable de dégager l'entreprise, par sa croissance. Elle est partagée par tous les actionnaires ou associés. Elle se traduit dans la rémunération versée (dividendes) et dans la plus-value générée à la cession¹⁹. Ce concept de création de valeur pour l'actionnaire²⁰ connaît un engouement croissant auprès des entreprises françaises²¹. En effet, en replaçant les actionnaires ou associés au cœur du processus de décision et en redéfinissant les pouvoirs des dirigeants, le nouveau gouvernement d'entreprise offre aux apporteurs de fonds la faculté d'affirmer leurs priorités. Or ces dernières sont rarement inclinées vers l'entreprise, mais plutôt vers leur patrimoine, qui doit fructifier²².

Il convient toutefois de nuancer l'affirmation, car, en ce domaine, deux démarches s'opposent : celle de l'investisseur²³ et celle de l'épargnant²⁴. La différence de comportement

¹⁶ Il y a ainsi une continuité avec les modes sociétaires de constitution du patrimoine qui supposent une nécessaire activité dans la société : une force de travail.

¹⁷ Récupérer l'apport initial est rarement l'objectif recherché, en revanche, recueillir des dividendes et surtout dégager une plus-value en cas de revente des valeurs sociétaires en est un.

¹⁸ BRUSSON (J.-M.) et BEAUJEAN (M.) La création de valeur : une tendance de fond. Banque Magazine n° 614 mai 2000, p. 44. Les auteurs relèvent que la tendance actuelle quant à la création de valeur repose sur la meilleure performance de l'entreprise et le dépassement des attentes des acteurs de l'entreprise (clients, salariés, etc.), car la valeur peut se définir comme l'écart favorable entre les réalisations de l'entreprise et les attentes. Une des clés de cette création de valeur est notamment de savoir anticiper et surpasser les attentes du marché.

¹⁹ Sur l'explication de ces deux modes d'enrichissement, v. *supra* et notamment n° 539.

²⁰ Il est d'origine américaine, notamment avec la notion de *corporate governance*. V. sur ce point, *supra* n° 295 et s.

²¹ V. en ce sens CABY (J.) et HIRIGOYEN (G.) *La Création de Valeur de l'Entreprise*. Economica, 1997.

²² Sur ce but d'enrichissement : BERGERAC (M.) et BERNARD (A.) Fantaisie à deux voix D. 2000, chron., p. 315.

²³ L'investisseur est celui qui place des capitaux dans l'achat de biens de production. Investir c'est employer, placer dans une entreprise. On doit rapprocher la démarche de l'investisseur du sens du mot « investir » en psychanalyse : mettre son énergie dans une activité, un objet, attacher de l'importance. V. Le Petit Robert, v° investisseur et investir.

²⁴ L'épargnant est celui qui met de l'argent de côté, qui est économe. En épargnant, on constitue avant tout une économie, des réserves en marge des biens consommés. Le sens moderne de l'épargne renvoie à l'idée de sommes mises en réserve ou employées à créer du capital. Il est question de rémunération de l'épargne. V. Le Petit Robert, v° Epargne.

de ces associés s'impose²⁵. Les uns affectent une partie de leur patrimoine dans un projet espérant que ce dernier porte ses fruits, les autres recherchent davantage une épargne²⁶ rémunératrice²⁷. L'entreprise n'est alors que le terreau de la rémunération²⁸ et peu importe l'activité développée²⁹.

En étudiant successivement le patrimoine investi (paragraphe 1) puis épargné (paragraphe 2), il est possible de constater que la prise de risque pour le patrimoine est décroissante et que la nature de la valeur sociétaire évolue en parallèle de l'implication de l'associé dans le projet de la société³⁰.

Paragraphe 1 - Le patrimoine investi

599- L'efficacité de la technique sociétaire sur le patrimoine investi varie en fonction de la nature du patrimoine affecté. En matière de fructification, le patrimoine productif (A) se distingue du patrimoine financier (B)³¹. Du point de vue de la société, le premier est le support direct de son activité alors que le second en permet le seul financement. Du point de vue de l'associé, son implication dans la société varie avec la nature de son apport³². Dans le premier cas, il s'agit d'une participation active³³ : il exerce lui-même des fonctions dans la société. Dans le second cas, il investit seulement son patrimoine dans un projet.

²⁵ Les auteurs ont déjà souligné la différence existant entre l'actionnaire et l'investisseur, v. LUCAS (F.-X.) Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Rev. dr. banc. juillet-août 2002, p. 216.

²⁶ V. pour une étude sur les comportements d'épargne : BABEAU (A.) et LAROSIERE DE CHAMPFEU (J. de). *Les européens et leur épargne*. Economica, 2001.

²⁷ SEJOURNE (B.) *Conjoncture économique et comportements d'épargnants*. Dr. et patrimoine, septembre 2002, p. 55.

²⁸ Cette différence d'attitude de l'associé a une influence sur l'économie. V. DUVAL (G.) *Le déséquilibre français : trop d'épargne, pas assez d'investissement*. *Alternatives économiques*, n° 147, avril 1997, p. 68 et s.

²⁹ Nombreux sont les épargnants qui choisissent leur placement en ignorant les activités développées par l'émetteur, et en ne regardant que les taux de rentabilité indiqués par leur banque. Les différences de comportement sont importantes.

³⁰ Cette distinction entre épargnant et investisseur conduit certains auteurs à disqualifier la participation elle-même au sein de la société. Ainsi François-Xavier Lucas (thèse précitée, n° 338 et s.) évoque le contrat de société ou le contrat d'investissement et considère que les actionnaires des sociétés cotées ne sont pas de véritables actionnaires.- Cette distinction se rapproche aussi de la partition entre *share holders* et *stake holders* (v. E. Scholastique, thèse préc., n° 21 et s.)

³¹ Parallèlement, on observe deux démarches distinctes : celle de l'investisseur financier, et celle de l'investisseur productif. C'est principalement ce dernier qui s'inscrit dans la continuité de l'exploitation pour créer de la valeur.

³² C'est dans sa composante que le patrimoine varie.

³³ V. notamment concernant la transmission des pouvoirs d'une participation active, *supra* n° 394.

A – Le patrimoine productif

600- Certains éléments du patrimoine sont le support direct d'une activité. Ils n'ont d'ailleurs parfois de valeur dans le patrimoine que pour autant qu'ils soient utilement exploités³⁴. Support d'une activité, ils sont productifs. Affectés à une société, leur exploitation optimale en permet la fructification et donc une valorisation du patrimoine *via* les valeurs sociétaires représentatives de cet apport³⁵. La société procède à la valorisation de ce patrimoine de départ non seulement par l'exploitation qu'elle en fait, mais également par la concrétisation que les valeurs sociétaires opèrent. L'impact de la technique sociétaire sur la fructification de ces patrimoines productifs reste toutefois très aléatoire.

1 - La spécificité du patrimoine productif

601- Les biens qui constituent du patrimoine productif sont apportés à la société : ils font l'objet d'un apport nécessairement en nature. La nature des biens du patrimoine productif (a) et les modalités de l'apport (b) dont ils font l'objet permettent de comprendre l'influence de la technique sociétaire sur leur fructification.

a) La nature des biens apportés

602- Le patrimoine a d'autant plus vocation à être valorisé qu'il est sujet à exploitation. Trois exemples d'éléments patrimoniaux présentant cette caractéristique peuvent être donnés.

Tel est le cas, *d'abord*, des propriétés industrielles³⁶ comme un brevet³⁷, ou une marque³⁸. L'importance économique de ces éléments du patrimoine s'explique par leur

³⁴ C'est le cas par exemple d'un brevet déposé mais sans utilité pour son détenteur.

³⁵ V. en ce sens, DOM (J.-Ph.) *Op. cit.*, n° 50 et s.- 87^{ème} congrès des notaires de France. *Patrimoine privé, stratégie fiscale*. 5/8 mai 1991.

³⁶ REINHARD (Y.) L'apport en société de droits de propriété industrielle. In *Mélanges A. Chavanne*, Litec, 1990, p. 297.

³⁷ Sur l'apport en société d'un brevet, v. CHAVANNE (A.) et BURST (J.-J.) *Droit de la propriété industrielle*. Dalloz, 1998, n° 304 et s.

³⁸ Sur l'apport en société d'une marque, v. CHAVANNE (A.) et BURST (J.-J.) *Op. cit.*, n° 1113. La marque peut faire l'objet d'un apport en société, elle doit répondre aux conditions de fond et de forme de la cession volontaire de la marque. La marque est souvent cédée en accessoire du fonds de commerce lui-même.

impact sur le marché et sur les consommateurs³⁹. La marque, par exemple, est un outil privilégié de pénétration des marchés et de promotion commerciale. En identifiant précisément un produit ou une gamme de produits, elle permet d'avoir une emprise sur les consommateurs. Les biens incorporels sont donc par nature plus productifs que les biens corporels. Ils constituent, en fait, une technique de production de richesse. Du matériel (informatique, machines et outils, marchandises) ou un bâtiment nécessitent un entretien et en tout cas, risquent l'obsolescence plus ou moins rapide⁴⁰. Au contraire, une technique de production représente une valeur parfois plus pérenne et en tout cas moins coûteuse. Ces biens sont finalement affectés à une société pour constituer le support d'une activité.

C'est également le cas, *ensuite*, des clientèles, qu'elles soient commerciales ou civiles. Leur valeur patrimoniale ne fait aujourd'hui plus aucun doute⁴¹. L'arrêt récent de la Haute cour du 7 novembre 2000⁴² a aligné l'analyse faite de la clientèle commerciale sur la clientèle civile et il n'est plus besoin de passer par l'artifice du droit de présentation. L'apport de la clientèle à une société présente à ce point un intérêt que très tôt le législateur est intervenu pour préciser qu'il s'agissait d'un apport en nature⁴³. La clientèle apporte des moyens de développement de l'activité. La société peut la valoriser par une meilleure exploitation. Il en est de même pour le fonds libéral en général⁴⁴.

³⁹ V. SALIN (A.) Quand l'investissement devient immatériel. *Alternatives économiques* n° 43 hors série, 2000, p. 30 et s.

⁴⁰ Néanmoins, il ne faut pas négliger l'intérêt de la technique sociétaire pour les biens corporels. Ainsi l'intérêt des sociétés civiles de moyens n'est plus à démontrer. Une meilleure exploitation de ce dernier fait qu'on en retire davantage de fruits.

⁴¹ Sur les discussions passées, v. CHANIOT-WALINE (M.) *Op. cit.* - V. encore VIALLA (F.), obs. sous T.G.I. MEAUX 24 juin 1999. J.C.P. 1999 éd. E. 2000, chron., p. 269. L'auteur relevait déjà un mouvement de patrimonialisation des activités libérales. « La jurisprudence est faite d'hostilité de principe et de complaisance implicite ». La pratique avait développé un moyen indirect de présentation : un double engagement de présenter le successeur et de ne pas le concurrencer. L'auteur voit dans cette décision une reconnaissance de la valeur patrimoniale de la clientèle civile en elle-même et l'émergence du fonds libéral. En effet, cette décision du T.G.I. de Meaux rompt avec la position prétorienne établie et préfigure sans doute l'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 2000. Les magistrats se réfèrent à la notion « d'organisation originale conçue et réalisée par le professionnel » ; « c'est une originalité concurrentielle, un système d'exploitation tourné vers l'avenir ». Ce qui est monnayé est la mise en situation concurrentielle et la possibilité de réitérer une réussite par la transmission de facteurs attractifs de clientèle. Les éléments de ce nouveau fonds sont corporels ou incorporels, ce qui permet d'intégrer dans le fonds des modes d'attraction de la clientèle qui se détachent du praticien. Il se dessine alors une double conception de la clientèle : l'une subjective - la clientèle est l'ensemble des clients -, l'autre objective - la clientèle est constituée des éléments qui attirent le client. Dans le cadre d'une activité libérale, la clientèle, objectivement entendue peut ne pas être attachée seulement au praticien.

⁴² V. Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000. Bull. civ. I, n° 283 et références mentionnées *supra* n° 519, note de bas de page 134.

⁴³ Art. 10 al. 2 de la loi du 29 novembre 1966 (Loi n° 66-879 relative aux sociétés civiles professionnelles. J.O. 30 novembre 1966, 10451) et décrets d'application relatifs à chaque profession confirmant de manière expresse la faculté de faire apport du droit de présentation. V. pour le détail : FRANSES (P.) *Op. cit.*, p. 204, note 295. La loi plus récente sur les S.E.L. a confirmé cette possibilité.

⁴⁴ V. DAIGRE (J.-J.) La SELARL unipersonnelle. Bull. Joly 2000, § 51, p. 255. L'auteur reconnaît qu'un intérêt pratique de ces sociétés est de *patrimonialiser* la clientèle et d'assurer la pérennité du cabinet. La clientèle

Tel est le cas, *enfin*, de l'exploitation d'une activité industrielle, commerciale, artisanale, libérale ou agricole sous la forme individuelle. Ainsi, le fonds de commerce, le fonds libéral⁴⁵, l'entreprise de manière générale va connaître un accroissement de sa valeur par une stratégie organisationnelle. La structuration sous forme sociétaire agit comme un levier pour la création de valeur.

603- Ces éléments du patrimoine présentent une utilité pour la société. En contrepartie, la société présente des avantages variables pour l'apporteur. La société donne à certains biens productifs une autre dimension. Il ne s'agit plus de biens-support, mais de biens à fort potentiel de développement. Ainsi en est-il de la technologie innovante⁴⁶ qui est le support d'investissement. La créativité trouve dans la société un moyen de fructification. La technique sociétaire apporte donc un avantage patrimonial. Elle permet la croissance du patrimoine, en révélant l'utilité d'un bien productif et en permettant son partage.

b) La nature de l'apport

604- Peu importe que l'apport concerne des biens meubles ou immeubles, des biens corporels ou incorporels. L'apport en nature connaît différentes modalités. Il peut se faire en propriété ou en jouissance⁴⁷.

L'apport en propriété opère transfert de la propriété à la société en contrepartie de quoi l'apporteur reçoit des valeurs sociétaires. Les perspectives de retrouver la propriété du bien sont limitées à la possibilité d'attribution dont il bénéficie en cas de dissolution de la société⁴⁸.

L'apport en jouissance permet à l'apporteur de rester propriétaire du bien, qui est seulement mis à disposition de la société⁴⁹. Il donne néanmoins droit à l'attribution de parts ou actions. La fructification est donc considérablement accrue.

préexistante peut être rattachée, mais la valeur économique représentée par celle-ci pourra ensuite être facilement mobilisée en cédant tout ou partie des valeurs sociétaires.

⁴⁵ Dont la réalité, l'existence est défendue par de nombreux auteurs, et qui semble de plus consacré par le dernier arrêt sur les clientèles civiles.

⁴⁶ Comme par exemple la téléphonie mobile ou les réseaux informatique.

⁴⁷ REGNAUT-MOUTIER (C.) *La notion d'apport en jouissance*. L.G.D.J., Paris, 1994.- ENGEL (P.) *Associé et créancier : l'apporteur en jouissance dans les sociétés de capitaux*. J.C.P. éd. E. 1998, p.2056.- PETERKA (N.) *Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance*. Bull. July 2000, p. 361.

⁴⁸ Art. 1844-9 al. 3 c. civ.

⁴⁹ Sur la notion de mise à disposition, v. REGNAUT-MOUTIER (C.) *Op. cit.*, n° 11 et s.

En tout état de cause, l'apport opère une modification de la composition du patrimoine de l'apporteur. Aux lieu et place d'un bien, il reçoit des valeurs sociétaires qui prennent de la valeur d'une manière plus efficace⁵⁰.

605- L'évaluation est la plus grande difficulté rencontrée dans l'une ou l'autre de ces formes d'apport⁵¹. En effet, en premier lieu, une évaluation non conforme peut conduire au constat de la fictivité de l'apport, lequel est sanctionné par la nullité de la société. Tel est le cas d'un apport en réalité nul (le bien est grevé d'un passif plus important⁵² ou le bien n'a aucune consistance, aucune valeur réelle⁵³). En second lieu, l'évaluation est essentielle car elle permet de quantifier le nombre de valeurs sociétaires reçues en échange de l'apport. Dans l'optique d'une fructification de patrimoine, elle influe donc sur le calcul de l'enrichissement procuré à terme.

Elle est relativement aisée pour un bien corporel, meuble ou immeuble : la matérialité du bien semble faciliter son évaluation. Les biens incorporels posent davantage de difficultés. L'abstraction n'y est pas étrangère. Une certaine similitude se retrouve avec l'apport en industrie, lui-même difficilement évaluable. La distinction entre apport en nature de bien incorporel et apport en industrie est parfois difficile, ceci d'autant plus que le bien est lié à une qualité de l'apporteur : un savoir-faire, une clientèle civile, etc⁵⁴. La consistance du bien est parfois douteuse.

La spécificité du patrimoine productif est donc attachée à la nature particulière des biens investis. Son apport pose des difficultés d'évaluation, qui ne sont pas la cause de l'échec de sa fructification.

2 - La fructification incertaine du patrimoine productif

606- Les biens incorporels posent des difficultés d'évaluation et peuvent ainsi donner lieu à un nombre insuffisant de valeurs sociétaires. La technique sociétaire constitue toutefois un avantage. Alors que des biens corporels, comme des locaux d'activité, trouvent dans la

⁵⁰ Cette transformation de la consistance du patrimoine de l'apporteur a des conséquences sur le pouvoir qu'il exerce dessus (v. *supra* n° 257 et s.) ; il s'agit ici d'évoquer son incidence sur la prise de valeur de ces nouveaux éléments du patrimoine.

⁵¹ V. *supra* n° 444.

⁵² V. par exemple l'apport d'un fonds de commerce supportant un passif du double de sa valeur (C'ass. com., 18 juin 1974. Bull. Joly 1974, p. 709, § 384).

⁵³ Apport d'un brevet nul ou périmé (ORLEANS, 11 juin 1884. Gaz. Pal. 1884, 2, 434).

⁵⁴ V. REGNAUT-MOUTIER (C.) *Op. cit.*, n° 124 et s.

forme sociétaire un avantage surtout structurel⁵⁵, les biens incorporels, souvent hautement productifs, y trouvent les ressources d'une bonne exploitation. Une fois leur immatérialité et leur difficulté à être évalués surpassées, ils prendront davantage de valeur au sein de la société.

En effet, l'avantage premier de la société est de les concrétiser. Le raisonnement est en cela un peu analogue à celui mené pour la force de travail, mais avec une moindre portée, car un brevet, une clientèle sont cessibles en l'état, hors la forme sociale. Ils entrent déjà dans le patrimoine de leur titulaire et peuvent y être évalués. La technique sociétaire permet toutefois de construire une meilleure forme d'exploitation, car elle est apte à organiser une entreprise, une activité⁵⁶. Les infrastructures qu'elle met en place, valorisent utilement le patrimoine productif. Détenu individuellement, il ne bénéficie pas du même potentiel de développement. Tel est le cas, par exemple, de la capacité de financement, de filialisation, etc. Ces facteurs de croissance du patrimoine productif sont donc moins juridiques qu'économiques. Ils tiennent à l'insertion de la société sur le marché économique où elle joue désormais un rôle majeur.

En contrepartie de son affectation, le détenteur reçoit des valeurs sociétaires qui fructifient d'autant plus son patrimoine, qu'elles prennent facilement de la valeur. Les biens à fort potentiel de développement permettent à une société de dégager des résultats importants et font donc prendre au titre une valeur rapide⁵⁷. L'entreprise crée de la valeur qui profite à la société et par ricochet aux valeurs sociétaires. C'est le marché qui joue le rôle de fructificateur. Ce sont effectivement les acteurs du marché qui évaluent les perspectives de développement de la société compte tenu du patrimoine qui lui est affecté, de ses supports de développement.

Il convient de souligner cet atout exceptionnel de la technique sociétaire par rapport à d'autres techniques juridiques : ayant la personnalité morale, la société est un acteur du tissu économique et fait circuler des valeurs sur les marchés financiers. Acteur, diffuseur et détenteur de richesses, la société permet évidemment à un patrimoine productif de prospérer *via* la valeur sociétaire.

Il est possible d'objecter que ces avantages constituent parfois des inconvénients. La performance de ce type d'investissement reste très aléatoire, puisqu'il est dépendant d'une

⁵⁵ La rationalisation des coûts participe de la fructification de ce type de patrimoine. Mais avant de poursuivre une finalité de fructification de ce patrimoine, on recherche surtout un mode de détention différent de ce patrimoine, pour en faciliter la manipulation.

⁵⁶ V. sur ce point PAILLUSSEAU (J.) *Société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise. Op. cit.*

⁵⁷ V. l'exemple de « Yahoo! » décrit par CONSTANTY (H.) *Internet, les nouveaux maîtres de la planète. Le seuil*, 2000, p. 17 à 29. Extraits parus *In Des élites légitimes ? Problèmes politiques et sociaux* n° 848, décembre 2000. La documentation française.

exploitation compétente⁵⁸ et surtout de circonstances boursières favorables⁵⁹. En cela, la forme sociale n'échappe pas à une conjoncture⁶⁰, mais son insertion dans un groupe lui permet de gérer les difficultés plus facilement qu'une petite entité, pour laquelle le moindre retard de paiement des clients constitue une mise en danger.

607- La fructification du patrimoine productif est incertaine car elle est soumise à l'imprévisibilité de sa gestion. La technique sociétaire agit toutefois comme un tampon. Elle amortit les difficultés grâce à ses facultés d'emprunt interne ou externe.

En effet, à son aptitude d'organisation de l'activité se développant sur le patrimoine productif, s'ajoutent les capacités de financement dont elle bénéficie⁶¹, c'est-à-dire pour un apporteur de bien productif, le partenariat d'un apporteur en numéraire.

B – Le patrimoine financier

608- Lorsqu'il s'agit de placer une somme d'argent dans une société, deux optiques se rencontrent : celle de l'investisseur et celle de l'épargnant. L'investisseur est un parieur sur projet. Il investit dans une société dont le projet le séduit et il prend les risques avec elle, au même titre qu'un apporteur de brevet, de savoir-faire, de marque, etc. Cet apport pécuniaire est souvent une source de financement pour la société, au même titre qu'un emprunt ou qu'un apport en compte courant. Aussi, il n'est pas étonnant de voir fleurir des mesures législatives incitant à l'investissement⁶².

⁵⁸ Sur ce point, la situation est identique que le patrimoine soit en société ou non : la compétence de l'exploitant est cruciale.

⁵⁹ Là encore le contexte économique est important quelle que soit la forme d'exploitation.

⁶⁰ Mais la forme sociale peut présenter une plus grande résistance face aux difficultés. Par exemple, sa taille peut constituer un élément de sa force. De même le concours d'investisseurs renforçant les fonds propres de la société, lui permettra de recourir à l'emprunt bancaire en cas de difficulté, car elle ne sera pas déjà lourdement endettée.

⁶¹ V. CONSTANTY (H.) Art. préc., et le rôle joué par le financier Michael Moritz associé de Sequoia Capital dans la réussite de Yahoo!

⁶² V. notamment la loi sur l'innovation et la recherche du 12 juillet 1999 qui avait pour objectif d'encourager la création d'entreprises technologiques innovantes susceptibles de valoriser le potentiel de recherche de l'enseignement supérieur. Sur ce point, v. PRIEUR (J.) Loi sur l'innovation : incubateur, mode d'emploi ? Rev. dr. bancaire et financier mars-avril 2000, p. 120 et s.- Plus récemment, la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique.- Le financement en fonds propres a pour avantage de réduire le risque pour l'entreprise (à la mesure du risque pris par l'investisseur) car les fonds propres ne sont pas remboursables (au contraire d'un emprunt bancaire), et leur rémunération dépend de la bonne santé de l'entreprise. Une entreprise bien dotée en fonds propres est mieux à même de résister aux aléas. C'est pour cette raison qu'existent les incitations à l'investissement en fonds propres.

609- Le patrimoine financier est affecté à la société, sous la forme d'un apport en numéraire⁶³. L'associé n'entend pas toujours « collaborer sur un pied d'égalité à l'œuvre commune »⁶⁴. Il développe pourtant un *affectio societatis* plus marqué que l'épargnant car il est causé par un *intuitus personae*⁶⁵ ou un *intuitus societatis*⁶⁶. L'*intuitus patrimonii*, inévitablement présent car déclencheur de sa démarche d'investissement, doit se combiner à l'une de ces deux autres considérations. Il peut toutefois se placer tant dans une stratégie d'investissement à long terme qu'à court terme⁶⁷. Certaines formes sociales sont plus propices que d'autres à l'investissement d'un patrimoine financier (1). Dans tous les cas, la protection de l'investisseur s'organise (2).

1 - Les formes sociales favorables à la fructification d'un patrimoine financier

610- Si les outils de la fructification restent les valeurs sociétaires⁶⁸, il y a des structures d'accueil privilégiées de ce patrimoine financier investi. En effet, toutes les sociétés ne permettent pas l'incorporation d'un investisseur financier en leur sein. La distinction opérée entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux perd toute pertinence à cet égard.

611- L'apporteur d'un patrimoine financier est un associé ou actionnaire d'un genre nouveau, marqué par un fort *intuitus personae* ou du moins *intuitus societatis*. Il s'implique et n'est motivé que parce que la société et/ou ses associés présentent un intérêt spécifique pour lui. Il les connaît, a évalué leur projet et leur fait confiance⁶⁹. C'est un incubateur⁷⁰. Il s'investit dans le long terme.

⁶³ L'apport en compte courant ne sera pas étudié dans la mesure où il ne confère pas la qualité d'associé.

⁶⁴ La participation d'époux exploitant une boulangerie sous la forme d'une S.A.R.L. ne se compare pas à celle d'une société de capital-risque.

⁶⁵ La considération de la personne des autres associés : ils sont ainsi partenaires.

⁶⁶ La considération de la personne morale : la société elle-même et ses caractères dont en particulier l'objet. V. sur les clauses d'*intuitus personae* : COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 263.

⁶⁷ Certains investisseurs peuvent ainsi prendre des participations dans une holding de reprise. La société cible peut constituer une P.M.E. prospère mais mal exploitée, et cet investissement constitue alors tantôt pour une personne physique le moyen de se constituer un patrimoine professionnel, tantôt pour une personne morale un des maillons de sa stratégie de développement. Ces deux types d'investisseurs n'entendent pas intervenir directement dans la gestion de celle-ci, mais l'investissement leur permet de faire fructifier leur patrimoine. Leur démarche à long terme s'oppose à celle des « raiders », c'est-à-dire des investisseurs qui font un placement à court terme espérant une importante plus-value.

⁶⁸ V. *supra* n° 534. *Adde* : concernant le rôle de l'attribution différée d'actions, les B.S.A. : TESTU (F.-X.) et HILL (S.) Les B.S.A. : utilisation dans les sociétés de haute technologie. J.C.P. éd. E. 2003, prat. 1465.

⁶⁹ Ceci est le travail spécifique développé par les sociétés de capital-risque et notamment leurs « traders » qui débusquent les projets.

⁷⁰ Ou un bailleur de fonds pour reprendre l'expression de F.-X. Lucas.

Du côté de la société et des personnes qui y sont déjà associées, il n'est pas inutile également de prendre garde à la personnalité de l'incubateur. Certes, c'est principalement le financement qu'il propose qui les intéresse. Il convient toutefois de ne pas omettre que la prise de participation implique aussi une participation politique. Une convergence d'idées minimale est en conséquence nécessaire, et ceci d'autant plus depuis que la prédominance des « managers » est largement remise en question au profit des actionnaires.

Ces caractéristiques des associés influent donc d'abord sur le choix de la structure sociétaire adéquate.

612- Le souci de fructification du patrimoine commande également une limitation des risques. Une forme sociale limitant la responsabilité de l'associé ou de l'actionnaire à son apport est préférable. Tel est le cas des sociétés de capitaux. Sans cette protection sociale, l'investisseur financier pourrait être découragé. En entrant dans une société, il doit savoir à quel montant s'élève son pari, en cas d'échec.

613- Le souci de fructification du patrimoine commande enfin la possibilité d'apports de capitaux importants, et donc une cessibilité facilitée des valeurs sociétaires. Les sociétés aptes à l'investissement ne sont donc pas nécessairement cotées dans un premier temps⁷¹. Mais elles doivent le devenir pour faciliter la sortie de l'investisseur.

614- Historiquement, la S.A.R.L. issue de la réforme de 1966 est apparue comme une première forme de société, apte, à la suite de la S.C.A.⁷², à accueillir ces deux catégories d'associés. Il s'agissait d'une société hybride, modérant le clivage entre société de capitaux et société de personnes. L'atténuation de cette distinction majeure est aujourd'hui plus qu'une tendance. L'apparition des S.E.L.⁷³ et des S.A.S. le prouve. La tempérance est donc non

⁷¹ Si elles l'étaient, elles auraient moins de mal à trouver des sources de financement.

⁷² Cette forme de société fut très en vogue entre 1807 et 1850. Les Américains s'en servirent pour concevoir leur *limited partnership*. V. COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.) *Op. cit.*, n° 483.

⁷³ V. notamment : DAIGRE (J.-J.) La SELARL unipersonnelle. Art. préc.. L'auteur remarque que la S.C.P. permet la mise en commun de l'activité professionnelle, mais ne facilite pas le financement et la croissance du cabinet. Elle regroupe des égaux, des membres qui conservent indépendance et autonomie (même dans la responsabilité de leurs fautes professionnelles). Elle n'a qu'un effet malthusien. Les S.E.L., au contraire, conjuguent capitalisme sociétaire et libéralisme professionnel. Elles permettent la constitution de grands cabinets concurrentiels tout en laissant aux professionnels la maîtrise des conditions d'exercice de leur profession. L'auteur remarque ensuite que la S.E.L. unipersonnelle permet d'intégrer des associés plus facilement et donc permet une évolution. L'augmentation de capital permet la croissance pas seulement par l'arrivée de nouveaux bras, mais également par l'augmentation de moyens financiers. Le choix de la SELARL ne s'impose que par les potentialités qu'elle offre dans l'avenir.

seulement le fait de dispositions statutaires spécifiques⁷⁴, mais également celui de dispositions législatives. Cette prise de conscience du besoin d'investissements financiers est constante dans les dernières lois ayant concerné plus ou moins directement le droit des sociétés. Elle se retrouve dans la loi N.R.E. ainsi que la loi MURCEF qui a créé les sociétés de participation financière⁷⁵.

Ces nouvelles formes juridiques correspondent à un réel besoin de sociétés de petite taille débutant un projet. Elles ont besoin d'apports de fonds propres importants pour se développer. Elles ont en même temps un intérêt à conserver une maîtrise de leur décision. La S.A.S. est plébiscitée pour ces aptitudes. Elle a été profondément remaniée par la loi du 12 juillet 1999⁷⁶ et présente depuis de nombreux atouts⁷⁷ pour le développement d'un projet d'entreprise⁷⁸. Elle accueille avec facilité les créations de société (*start-up* ou autres sociétés innovantes). Ces formes de sociétés permettent le démarrage d'activité à l'aide de capital-investisseurs.

615- Il émerge donc des sociétés aux allures moins baroques⁷⁹ que la S.C.A., dans lesquelles le clivage entre les investisseurs et les entrepreneurs est moins marqué par un statut juridique différent. L'ampleur des risques pris est mesurée pour tous. Ces lois favorisant l'investissement⁸⁰ ne mettent pas en place que des formes sociales adaptées. Elles organisent également la protection de l'investisseur.

2 - L'organisation de la protection de l'investisseur

616- L'investisseur trouve un intérêt dans le placement de son patrimoine financier dans une société lorsqu'il peut recueillir un rendement conséquent. Les valeurs sociétaires reçues

⁷⁴ V. en ce sens : MERLE (Ph.) *Op. cit.*, n° 13, citant les exemples d'insertion de clause de continuation de la société de personnes, ou de clause d'agrément ou de préemption dans une société par actions.

⁷⁵ COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 1666.- CONSTANTIN (A.) Commentaire des dispositions de la loi MURCEF relatives au droit des sociétés et des marchés financiers. Rev. sociétés 2002, p. 197, n° 41.

⁷⁶ V. *supra* n° 179 et s.

⁷⁷ Les auteurs soulignent notamment son régime très souple constituant un domaine de liberté contractuelle. V. *supra loc. cit.*

⁷⁸ CHARVERIAT (A.) et BRUNSWICK (P.) La S.A.S. et le projet d'entreprise. Rev. dr. banc. mars-avril 2000, p. 128 et s. *Adde* : PAILLUSSEAU (J.) Art. préc. concernant la S.A.S.

⁷⁹ L'expression est de : COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 1202.

⁸⁰ On peut citer notamment l'art. L 214-41 C. mon. concernant la création des F.C.P.I. assouplie par la loi sur l'innovation et la recherche. Mais également les apports de la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique qui a également mis l'accent sur les fonds communs de placements à caractère financier. L'investissement est encouragé.

en échange doivent prendre de la valeur pour dégager lors de leur cession une plus-value intéressante. Cette aptitude à la fructification dépend du projet développé par la société et du contexte économique. L'incitation législative ne peut cacher les risques encourus. Ils ont une incidence sur la disposition à l'investissement et sur son importance. Pour cette raison, il faut trouver des moyens de protection de l'investisseur, à l'appui des nouvelles formes sociétaires, afin de lui garantir une certaine sécurité juridique et patrimoniale⁸¹.

617- A cet égard, la situation de tous les investisseurs n'est pas comparable. L'investisseur amateur se distingue de l'investisseur professionnel.

Ainsi, les sociétés de capital-risques incubent parfois sous la forme de prise de participation dans les sociétés⁸². Elles sont davantage protégées par la connaissance qu'elles sont censées avoir des projets⁸³. Les dossiers sont étudiés par secteur d'activité par des *traders* qui fondent leurs analyses sur les *business models* les plus variés. L'investissement est leur métier et cette activité est encouragée en France par le législateur depuis 1996⁸⁴. Ces sociétés profitent de la technique sociétaire pour faire fructifier leur patrimoine professionnel. Leurs gains proviennent de la pertinence des investissements, lesquels sont avérés lors de l'entrée sur le marché de ces sociétés⁸⁵.

618- Les particuliers sont également fortement incités à avoir une démarche d'investissement. Les risques pris sont toutefois plus importants. La création de fonds communs de placement pour l'innovation ou encore de contrats d'assurance-vie investis en actions tente de modifier le comportement des épargnants en comportement d'investisseurs. Une minorité s'est laissée prendre par la fièvre de l'investissement non institutionnalisé, notamment avec la prise de participation dans de petites entités de type *start-up*. Les finalités de ces investisseurs courageux, voire téméraires, étaient la recherche d'une rentabilité la plus rapide possible et de marges les plus élevées possibles. Ils n'avaient pas de projet

⁸¹ V. notamment sur ce thème, les travaux de droit comparé : LEKKAS (G.) *L'harmonisation du droit des offres publiques et la protection de l'investisseur*. L.G.D.J., 2001.

⁸² Cette phase précoce de l'investissement est appelée « amorçage ». V. LAGARDE (P.) *Le fonds d'amorçage et le capital-risque*. Rev. dr. banc. mars-avril 2000, p. 137.

⁸³ Ainsi les *start-up* attirent toujours les capital-risqueurs, puisqu'ils peuvent analyser les sociétés ayant un véritable savoir-faire technologique. V. art. *La Tribune* du 31 mai 2001.

⁸⁴ Différentes mesures expriment ce besoin de développement (l'action du Fonds public pour le capital risque, la promotion d'activités spécifiques d'investissement pour la Caisse de dépôts et consignations, ou des banques dépendant en partie du secteur public comme la B.D.P.M.E., etc.)

⁸⁵ Pour le capital-risqueur, le marché est ainsi la porte de sortie : il « rafle » sa plus-value au moment de l'introduction en bourse, et n'est pas soumis à ses aléas.

entrepreneurial à plus long terme. Le risque pris est important, et les actuelles dérives de certaines sociétés innovantes⁸⁶ justifient la plus grande prudence⁸⁷.

619- Encore convient-il de distinguer entre le risque juridique et le risque financier. Le risque juridique est contenu au montant de l'apport dans les sociétés à risque limité⁸⁸. Le risque financier est en revanche plus difficile à évaluer. Il est surtout proportionnel aux attentes de l'investisseur et à l'importance de son investissement. Le contexte boursier de ces cinq dernières années a fait l'effet d'une véritable douche écossaise. L'investissement dans des valeurs sociétaires a constitué une formidable manne financière tant que les plus-values étaient au rendez-vous. En revanche, depuis que les cours s'effondrent, les valeurs de certaines actions descendent à un niveau inférieur à celui de leur acquisition. La perte patrimoniale est latente (même si non avérée à défaut de cession). Face à ces risques financiers qui sont souvent plus dépendants du contexte économique que de la performance de l'entreprise, les techniques juridiques offrent peu de protection.

620- Les techniques juridiques de protection sont extra-contractuelles puis contractuelles⁸⁹.

En dehors de la société, la protection peut s'opérer au niveau de la scène économique, dont les aléas sont pourtant difficilement maîtrisables. Les économistes ont actuellement eux-mêmes du mal à comprendre le cycle financier et les causes de la crise des marchés boursiers⁹⁰. Les schémas, autrefois classiques, sont bouleversés. Mais un certain nombre de paramètres influents ont été détectés, si bien que le droit peut encadrer des comportements nocifs pour les marchés et l'économie. Le droit régule⁹¹. La réglementation affecte en premier lieu les marchés qui sont parfois les lieux de réalisation de l'investissement⁹². Les particuliers

⁸⁶ V. notamment les nombreux articles de presse consacrés aux ... *start-down* : Les start-up en panne de fuel. *Libération* du 12 décembre 2000. Les situations critiques se multiplient pour les petites valeurs. *La Tribune* du 1^{er} juin 2001. Les *re-start-up* sont attendues.

⁸⁷ Les actionnaires institutionnels qui se sont laissés prendre au jeu de cette mode en créant des fonds technologiques en ont eux-mêmes fait les frais. V. art. *Le Monde - Argent* du 30 septembre 2002. La débâcle des fonds technologiques.

⁸⁸ Il peut, sous l'angle du pouvoir, consister en la perte de son influence en cas d'émission de nouvelles valeurs mobilières. V. sur ce point : VIDAL (D.) La protection de l'investisseur en cas d'émission de valeurs mobilières diversifiées. *Rev. dr. banc.* 1993, Cahier de gestion de patrimoine, p. 5 et s.

⁸⁹ On notera que la loi sur l'innovation et la recherche a créé une forme originale de contrat liant service public et projet d'entreprise : le contrat d'incubation. V. sur ce point : FRISON-ROCHE (M.-A.) et BERGER (P.) Les liens juridiques entre l'incubateur et l'incubé. Le contrat d'incubation. *Rev. dr. banc.* mars-avril 2000, p. 131 et s.

⁹⁰ AGLIETTA (M.) Derrière la débâcle boursière, une folle spirale. *Le Monde* 1^{er} octobre 2002.

⁹¹ V. *infra* n° 632.

⁹² BONNEAU (Th.) et DRUMMOND (Fr.) *Droit des marchés financiers*. *Economica*, 2001, n° 519 et s. concernant le fonctionnement des marchés réglementés.

peuvent faire les frais de sa toute puissance⁹³. Le droit boursier influe donc sur la protection de l'investisseur. Les règles affectent en second lieu les acteurs des marchés⁹⁴. Il convient, par exemple, de s'assurer du sérieux des sociétés faisant appel à l'investissement⁹⁵. Il s'agit alors de protéger les investisseurs contre leur propre enthousiasme ou crédulité⁹⁶.

Toutefois, deux tempéraments doivent être apportés face à ces modes de protection externes. Tout d'abord les investisseurs, contrairement aux épargnants, interviennent dans la prise de participation souvent avant la cotation sur un quelconque marché, ou même sans que la société n'ait un jour l'ambition d'être cotée. Ensuite, les sociétés faisant appel massivement à l'investissement et utilisant le marché à cet effet, se situent souvent sur des marchés moins réglementés, où les introductions en bourse sont moins encadrées : c'est le cas du nouveau marché, mais également des marchés de gré à gré (dont fait partie l'ancien marché hors cote) qui sont des marchés non réglementés. Les protections liées aux réglementations des marchés boursiers jouent moins pour les investisseurs que pour les épargnants⁹⁷.

621- En conséquence, la protection de l'investisseur doit trouver souvent sa source ailleurs : *au sein même de la société*, par un subtil jeu d'équilibre. L'intervention d'investisseurs exerce une pression sur la société en vue d'une création de valeur. Or un des moyens pour la société d'assurer une bonne création de valeur tout en conservant des investisseurs, est de maîtriser tous ses risques opérationnels⁹⁸. Cette maîtrise des risques pour une entreprise est devenue un objectif majeur⁹⁹. La protection de l'investisseur résulte donc d'un comportement de gestion suggéré par la pression politique que provoque le vote des actionnaires aux assemblées générales. C'est l'utilisation de la technique sociétaire et notamment des droits de vote attachés aux valeurs sociétaires qui permet de nouveaux comportements de gestion visant à protéger davantage les actionnaires et associés que

⁹³ V. en ce sens l'opinion de Michel Meyer, P.D.G. de Multimania *in fine* de l'art. Le marché fait de moins en moins de place aux petites entités, *La Tribune* du 26 février 2001.

⁹⁴ V. BONNEAU (Th.) et DRUMMOND (Fr.) *Op. cit.*, n° 249 et s. et notamment la réglementation intéressant les prestataires et les intervenants.

⁹⁵ COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Op. cit.*, n° 1101 et 1102 concernant les conditions d'acquisition du statut de société cotée.

⁹⁶ V. MAURIAC (L.) Histoire d'un poisson d'avril. Quand la réalité dépasse la fiction. *Libération* du 4 avril 2000. Le journal avait publié le premier avril l'histoire d'une *start-up* (très) imaginaire. Celle-ci a séduit des capital-risqueurs et suscité de nombreux messages d'enthousiasme des lecteurs...

⁹⁷ V. *supra* n° 632.

⁹⁸ Pour comprendre ce que recouvre cette notion de risque opérationnel, v. notamment le schéma de l'art de : PAPAÉVANGÉLOU (V.) Le risque opérationnel sur le devant de la scène. Banque, mai 2000, p. 47.

⁹⁹ Les gestionnaires étudient tous les facteurs favorables à la création de valeur. La réduction des risques en fait partie, si bien que le Comité de Bâle concernant le projet de réforme du ratio *Cooke* a proposé en juin 1999 de tenir compte de ces risques. V. sur ce point, PAPAÉVANGÉLOU (V.) Art. préc.

d'autres acteurs de l'entreprise¹⁰⁰. En ce sens, le droit des sociétés influence les techniques de gestion.

Les liens juridiques entre la société et l'investisseur peuvent donc être sécurisés. Les intérêts de l'investisseur sont notamment préservés par la rédaction adaptée de pactes d'actionnaires, lesquels tendent depuis la loi sur l'innovation et la recherche à intégrer les statuts¹⁰¹. Ceci présuppose une intervention précoce dans la vie de la société¹⁰² et une connaissance précise des techniques sociétaires. La discussion tourne généralement autour de la géographie du capital et la gestion de la société¹⁰³. Cette hypothèse regarde davantage les capital-investisseurs que le particulier-investisseur. La protection intervient surtout au niveau de la gouvernance des sociétés, cherchant à assurer la meilleure gestion possible de la société entrepreneuriale¹⁰⁴.

622- Dès que l'entreprise devient rentable, l'investisseur cherche à percevoir sa rémunération¹⁰⁵. Il cède pour obtenir une plus-value. Il ne s'inscrit plus dans la continuité et rejoint en cela l'attitude de l'épargnant. Pourtant l'accompagnement d'une phase de croissance de la société à une phase d'expansion est également une démarche d'investisseur. Cette démarche d'investissement éphémère a été favorisée par le développement du capital-risque¹⁰⁶. Aujourd'hui, au contraire, l'investisseur doit s'inscrire dans le long terme : « il est urgent d'attendre pour vendre »¹⁰⁷.

La conscience des risques pris en investissant conduit souvent le détenteur d'un patrimoine financier vers une autre démarche plus sécurisée. Il adopte alors un comportement d'épargnant. Il recherche une participation à une société présentant une rentabilité régulière et fiable sur les marchés. Il ne cible pas la participation dans le même type de société.

¹⁰⁰ Comme les salariés ou les fournisseurs...

¹⁰¹ CHARVERIAT (A.) et BRUNSWICK (P.) Art. préc., p. 130. Notamment grâce à certaines formes sociales adaptées comme les S.A.S.

¹⁰² Le plus souvent, dès sa création.

¹⁰³ *Ibid.* v. notamment la grande variété de clauses protectrices de l'incubateur : clause de préemption, clause d'agrément, clause de sortie conjointe, clause d'exclusion ou de rachat forcé, etc.

¹⁰⁴ On peut s'interroger sur l'opportunité d'intégrer dans le mécanisme de l'investissement, les techniques d'assurance. Il naît dans le secteur immobilier une nouvelle activité d'assurance qui consiste à couvrir le risque de loyers impayés. La protection de l'investisseur immobilier est garantie par une technique contractuelle d'assurance. Peut-on envisager de transposer le même mécanisme à l'investissement mobilier ? Déjà, s'agissant des banques d'investissement, certaines sociétés telles que la B.D.P.M.E. assurent ce type de service. Mais il ne s'agit pas d'une assurance, il s'agit d'un système de caution mutuelle. Le mécanisme de protection mis en place repose sur le droit des sûretés.

¹⁰⁵ V. sur ce point la *dés-implication* des créateurs de *start-up* une fois le gain réalisé.

¹⁰⁶ Pour un aperçu du comportement actuel des capital-risqueurs, v. Prime aux investisseurs actifs, Art. *La Tribune* du 29 mai 2001.

¹⁰⁷ V. art. Le revenu, janvier 2003, n° spécial. Dossier : Où placer votre argent en 2003, et notamment l'article : Préférez les valeurs décotées, p. 56.

623- La différence entre l'investisseur affectant un patrimoine financier et l'épargnant est ténue. Dans les deux cas, l'investissement ou l'épargne constituent pour la société une source de financement¹⁰⁸. L'implication de l'associé n'est toutefois pas la même. Surtout, la forme du placement diffère. Un investissement concerne une prise de participation directe, ciblée vers des sociétés de dimension modeste. L'épargne au contraire est volontiers placée dans de plus grandes sociétés, cotées, et souvent par le biais d'un actionnariat indirect. Si la fructification n'est pas au rendez-vous, il est aisé de céder les titres pour en acheter de plus rentables. La négociabilité des titres fait donc pour beaucoup dans la distinction entre investisseur et épargnant. L'épargnant¹⁰⁹ a du mal à s'inscrire dans la continuité de l'entreprise, car le moteur de sa démarche n'est pas l'entreprise mais la seule fructification de son patrimoine. On assiste à une sorte de dérive. La société entrepreneuriale est utilisée à des fins strictement patrimoniales. *L'intuitus personae* est totalement absent, il ne reste plus qu'un *intuitus patrimonii*.

Paragraphe 2 - Le patrimoine épargné

624- Le patrimoine peut être valorisé au sein d'une société entrepreneuriale avec davantage de sécurité¹¹⁰. La démarche de l'épargnant existe depuis plus longtemps¹¹¹ que celle de certains investisseurs boursiers récents qui ont cru en la perspective de plus-values mirobolantes. C'est une démarche de capitalisme populaire. La stratégie repose sur un choix des modalités de fructification et sur le degré d'implication dans la société. L'analyse est donc très différente de celle de l'investisseur qui est en prise directe avec la société et qui attend une fructification dans un projet unique¹¹².

¹⁰⁸ C'est une augmentation de ses fonds propres par exemple, ou s'agissant d'autres types de valeurs mobilières de véritables investissements à long terme- V. GOUTAY (P.) La notion de valeur mobilière. D. 1999, chron., p.226 et s.

¹⁰⁹ Contrairement à l'investisseur dont les préférences sont dictées traditionnellement par des perspectives à long terme d'une entreprise et non par l'image qu'elle livre à court terme. V. cependant l'attitude des investisseurs éblouis par les *start-up* ces dernières années et par la croissance trop rapide.

¹¹⁰ « Le meilleur moyen de les multiplier [les poissons], c'est de les épargner au moment où ils se reproduisent » Jules Michelet.

¹¹¹ V. RIPERT (G.) *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Op. cit. n° 50 : l'auteur a déjà démontré que la S.A. permettait une collecte de l'épargne.- V. également le dossier L'épargne à travers les siècles. In *La vie financière* août 2002.

¹¹² A l'occasion de l'euphorie boursière de la fin du siècle, les attentes des investisseurs ont soudain évolué : au lieu de s'inscrire dans le long terme, ils ont espéré réaliser, rapidement, leurs gains. Cette démarche n'est pourtant pas propre à cette démarche.

625- L'épargne est une attitude encouragée dans de nombreux pays depuis les années soixante-dix. Si ses modalités sont très diverses, l'utilisation de la technique sociétaire est promue, car elle concilie des intérêts différents : ceux d'une société en besoin de capitaux, et ceux d'un particulier en recherche d'une épargne de capitalisation rentable. La croissance du patrimoine passe par une assurance de la fructification. C'est le prix à payer pour que les placements se fassent dans les sociétés plutôt qu'ailleurs. Cette tendance à fournir les plus grandes garanties à l'épargnant se retrouve dans l'analyse des places de la fructification : les marchés boursiers (A), et dans l'analyse de la place tenue par l'épargnant (B).

A – La place de la fructification : la bourse de valeurs

626- La fructification du patrimoine se réalise en un endroit précis : le marché boursier¹¹³. Contrairement à l'investisseur, l'épargnant se tourne vers des sociétés cotées. L'admission à la cotation pour les sociétés est elle-même réglementée et joue un rôle protecteur pour l'épargnant¹¹⁴. Les marchés présentent deux avantages pour l'épargnant : ils sont un lieu de négociation (1), et donc de réalisation de gains, et un lieu de protection (2) de l'épargnant, par l'information qui y circule et la réglementation mise en place.

1 - Les marchés financiers : lieu de négociation

627- Ce qui fait la qualité de la technique sociétaire pour le patrimoine épargné, c'est non seulement l'aptitude à transformer du patrimoine en instruments financiers négociables¹¹⁵, mais encore la possibilité de négocier ces valeurs mobilières sur un marché où l'offre et la demande se rencontrent aisément. Les sociétés cotées sont donc, principalement, les meilleures cibles pour le patrimoine épargné. La négociation ouverte et transparente favorise la fixation des cours des actions et les cessions. Cette possible rapidité des transactions est la

¹¹³ Pour une étude d'ensemble, v. BONNEAU (Th.) et DRUMMOND (Fr.) *Droit des marchés financiers*. Economica, 2001.- VAUPLANE (H. de) et BORNET (J.-P.) *Droit des marchés financiers*. Litec, 2001.- DESCHANEL (J.-P.) et GIZARD (Br.) *A la découverte de la bourse. Manuel d'économie boursière*. PUF, 1999.

¹¹⁴ Abstraction faite des marchés de gré à gré non réglementés, les autres marchés présentent des avantages pour l'épargnant dans la connaissance des sociétés. Il coexiste aujourd'hui deux entreprises de marché : Euronext-Paris qui est responsable des premier et second marchés et S.N.M. pour le Nouveau Marché. V. art. L 441-1 C. mon. Elles ont un pouvoir normatif en ce sens qu'elles sont chargées d'élaborer des règles de marché.

¹¹⁵ V. REYGROBELLET (A.) *Op. cit.*, n° 1362. L'épargnant trouve une valeur dans l'action à travers les droits pécuniaires et notamment la liquidité du titre, paramètre déterminant de sa valeur. L'auteur renvoie sur cette affirmation à JOUSSET (H.) *La liquidité. Analyse financière* 4^{ème} trim. 1992, p. 78.

source d'une meilleure fructification du patrimoine de l'épargnant, même si la valeur boursière sous-évalue la valeur réelle de l'entreprise mise en société cotée¹¹⁶.

628- Deux logiques s'affrontent sur les marchés réglementés pour obtenir la fructification de son patrimoine : la *spéculation* et la *recherche de rentabilité à long terme*.

La bourse est traditionnellement associée à l'idée de spéculation¹¹⁷. Cette dernière peut se définir comme une anticipation de l'évolution des marchés. « L'anticipation ne vise plus à l'espoir d'éviter des pertes futures, mais de réaliser des gains »¹¹⁸. Il s'agit d'une logique de profit tirant bénéfice du différentiel entre le prix de cession et celui d'acquisition. Les marchés la favorisent effectivement. La spéculation peut d'ailleurs être favorable ou défavorable au marché et donc au bien-être collectif. Elle est opportune lorsqu'elle stabilise l'impact des chocs d'offres et demandes et lorsqu'elle incite à une meilleure circulation des informations. Elle est déstabilisante à d'autres égards¹¹⁹. Ainsi, l'ampleur du risque spéculatif et de la recherche de plus-value à court terme n'est pas négligeable. Elle est renforcée par la fluidité actuelle des marchés.

629- Une autre démarche de l'épargnant s'observe toutefois. L'acquisition de titres cotés sur un marché peut être motivée non plus par une anticipation, mais la connaissance d'un bon rendement du produit. L'épargnant raisonne ainsi comme face à un produit d'épargne bancaire¹²⁰, et recherche un taux de rémunération intéressant. S'agissant de titres de sociétés cotées, le dividende versé en est la composante essentielle. Ainsi, de nombreux journaux spécialisés, mais également des établissements de placement s'efforcent de dresser des tableaux comparatifs des rendements des différentes valeurs cotées sur le marché. Dans cette perspective, une société n'est intéressante que si le cours de son titre se trouve compris dans un indice intéressant.

630- La coexistence de ces deux démarches est nécessaire afin de trouver un équilibre. La spéculation assure la liquidité du marché. Elle ne devrait pas créer le risque, mais

¹¹⁶ En effet, la valeur boursière reste souvent inférieure à la valeur réelle, car l'horizon de croissance accordé par les observateurs pour créer de la valeur est court et tout le potentiel de l'entreprise n'est pas dévoilé.

¹¹⁷ RIPERT (G.) *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. *Op. cit.*, n° 70 : l'attrait de la spéculation est manifeste.

¹¹⁸ V. analyse de la spéculation sur les marchés à terme faite par MEDJAOUI (K.) *Les marchés à terme dérivés et organisés d'instruments financiers*. L.G.D.J., 1996, n° 86 et s. citant notamment CHABERT (P.-Y.)

¹¹⁹ BESANCENOT (D.) *La spéculation sur les marchés financiers*. In *Clés pour le siècle*, ouvrage collectif précité, p. 1349 et s., notamment n° 1427 et s.

¹²⁰ Livrets ou plans d'épargne.

participer à la régulation du marché¹²¹. Pour ces deux motivations, les marchés jouent un rôle de levier par rapport à la technique sociétaire seule. Le système de cotation et les facilités de négociation favorisent les échanges et l'adaptation rapide des choix. En théorie, les risques de pertes sont réduits, car la réactivité est quasi-instantanée. La fructification du patrimoine ne peut en être qu'améliorée. Lorsque une des deux motivations domine, il s'ensuit un déséquilibre et une crise. C'est une première explication de la crise boursière actuelle. La spéculation opérée sur les nouvelles technologies a été un facteur déstabilisant des marchés. Les économistes s'accordent pour dire qu'un retour en arrière était inévitable et nécessaire, il était prévisible¹²². En revanche, l'inscription dans la durée de ce phénomène de crise est plus difficilement expliquée.

631- Contrairement à la recherche d'un rendement, la recherche de la plus-value par l'épargnant semble plus proche de la démarche de l'investisseur. En effet, les risques pris sont plus importants. Au moins, une démarche est passive, l'autre dynamique. Mais il faut relativiser la réalité des périls encourus car dans ce cas précis, le marché offre des garanties. En effet, ces deux logiques pourtant contradictoires présentent un point commun. Le choix s'effectue en fonction d'une nécessaire connaissance, non seulement de la valeur choisie et donc de son émetteur, mais encore de l'ensemble du marché. Cette bonne connaissance dépend notamment de l'information¹²³. Sur les marchés, propriété et pouvoir sont davantage concentrés et entraînent une plus grande exigence d'information¹²⁴. L'information est une composante de la réglementation des marchés qui assure la protection de l'épargnant.

2 – Les marchés financiers : lieu de protection

632- La protection des épargnants est une nécessité pour les places boursières. En effet, elle est un des critères de choix des placements. La concurrence entre les différentes bourses

¹²¹ V. également en ce sens, MEDJAOUI (K.) *Op. cit.*, n° 102 et s.

¹²² L'engouement pour les nouvelles technologies a été trop rapide. La crédibilité des entreprises innovantes sur-évaluée.

¹²³ L'information a, certes, une importance pour la protection de l'épargnant, mais elle intéresse aussi la société qui souhaite une meilleure valorisation sur le marché. Pour un exemple de valorisation améliorée par l'information, voir le cas particulier des banques, exposé dans l'article de PERRIER (D.) Comment améliorer sa valorisation par le marché ? Banque, avril 2000, p. 56.

¹²⁴ CABY (J.) et HIRIGOYEN (G.) *Op. cit.*, p. 6.

porte sur le moyen de rassurer l'épargne¹²⁵. La sécurité est particulièrement au cœur des préoccupations dès lors que la croissance ralentit. Le monde financier n'échappe pas à ce principe ainsi que l'illustre la récente loi sur la sécurité financière du 1^{er} août 2003¹²⁶.

En effet, l'évolution législative traduit particulièrement cette recherche de protection de l'épargnant. Elle s'observe notamment avec la multiplication des contrôles des opérations boursières et des régimes dérogatoires de droit commun. Dans un contexte de mondialisation, tout frein semblait, il y a encore trois ans, être un obstacle à la croissance des patrimoines et à la performance boursière. La tendance était à la déréglementation. Le mouvement actuel est totalement inversé en raison de l'ébranlement des marchés boursiers et de son incidence désastreuse sur l'économie mondiale.¹²⁷ La réglementation des marchés tient désormais une place importante¹²⁸.

633- Cette réglementation vise non seulement à assurer une norme de conduite sur le marché¹²⁹, mais également à récolter puis diffuser certaines informations¹³⁰.

Le besoin d'information¹³¹ a été pressenti bien avant la crise actuelle. La transparence¹³² est donc plus que jamais au cœur de la protection des marchés. Il se trouve que la

¹²⁵ Sur l'importance de l'environnement juridique favorable aux investissements, v. CONAC (P.-H.) *La régulation des marchés boursiers par la Commission des opérations de bourse (C.O.B.) et la Securities and exchange commission (S.E.C.)* L.G.D.J., 2002, p. 207 et s.- V. aussi : PEZARD (A.) et ELIET (G.) *Droit et déontologie des activités financières. Comparaison internationale*. Montchrestien 1997.

¹²⁶ Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 préc.

¹²⁷ On revient donc à plus d'encadrement, de réglementation. V. encore récemment, art. Le Monde, 5 octobre 2002 ; Enquête sur les pratiques des banques d'investissement. La commission des opérations de bourse américaine (*Securities and Exchange Commission*) diligente une enquête afin de faire de nouvelles propositions de réglementations.

¹²⁸ Au sein de cette réglementation, il faut distinguer entre les textes relevant de la réglementation boursière, qui ont un caractère d'ordre public et s'imposent à tous, et la réglementation des entreprises de marché. La nature juridique de la réglementation des entreprises de marché est discutée. V. obs. BONNEAU (T.) sous PARIS, 18 mars 2003. Dr. sociétés juin 2003, comm. 113, p. 30 et s. Pour certains auteurs, il s'agit de règles purement contractuelles (AIDAN (P.) *Droit des marchés financiers. Réflexions sur les sources*. Banque éditeur, 2001, n° 216). D'autres y voient une véritable réglementation de droit privé (NEAU-LEDUC (P.) A propos de la réglementation des marchés financiers, *In mélanges M. Cabrillac*. Dalloz-litec, 1999, p. 497 et s., n° 19). Dans ces deux cas, les règles ne s'appliquent qu'avec le consentement de ceux qui s'y soumettent. Une autre perception ces règles est possible. Elles peuvent être comprises comme des normes publiques à caractère réglementaire. Elles sont alors obligatoires, même en l'absence de manifestation de volonté (V. en ce sens, BONNEAU (Th.) De l'inutilité du droit contractuel pour assurer le respect des règles de marché, R.T.D. com. 1999, p. 257 et s.) l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 mars 2003 semble opter pour le caractère public de ces normes des entreprises de marché. (V. encore BONNEAU (Th.) et DRUMMOND (Fr.). *Op. cit.*, n° 527 à propos du pouvoir normatif des entreprises de marché).

¹²⁹ DALLERAC (H.) Protéger, c'est aussi surveiller, contrôler et sanctionner. Bull. mensuel COB novembre 2001, p. 1 et s.

¹³⁰ LECACHEUR (G.) *Les aspects juridiques de la sécurité financière des marchés réglementés*. Thèse Rennes 1, 1998.

¹³¹ DAIGRE (J.-J.) L'information de l'investisseur sur les marchés spéculatifs. Rev. dr. banc. novembre 2002, n° 6, p. 352 et s.

¹³² VIGNAL (N.) *La transparence en droit privé des contrats*. P.U.A.M., 1998.

fructification idéale du patrimoine de l'épargnant dépend pour partie de la bonne circulation des informations. En effet, il a été démontré que les marchés de capitaux sont moins efficaces là où l'information est moins disponible¹³³. Tout « investisseur » (*sic*)¹³⁴ institutionnel ou individuel doit être mis en mesure de connaître les événements importants de nature à influencer le cours des titres des sociétés cotées¹³⁵. Les textes sont nombreux à garantir l'information financière du public¹³⁶. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'une société entrepreneuriale peut conserver le secret sur certains renseignements¹³⁷. La tendance est largement à la multiplication des obligations d'informations en matière financière¹³⁸. La loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière¹³⁹ n'a pas oublié de approfondir les dispositions s'y rapportant¹⁴⁰.

634- Différents organes ou autorités de régulation financière¹⁴¹, servent ce souci de transparence¹⁴². Leurs pouvoirs sont régulièrement renforcés¹⁴³. Ils sont à cet égard complémentaires¹⁴⁴. La loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière a fusionné ces organes en une autorité unique¹⁴⁵ : l'Autorité des Marchés Financiers (A.M.F.)

Jusqu'alors deux organes se distinguaient : le C.M.F. et la COB¹⁴⁶.

Le Conseil des marchés financiers (C.M.F.) *tout d'abord* établissait un règlement général, veillait au respect des règles de bonne conduite et prononçait les sanctions

¹³³ CABY (J.) et HIRIGOYEN (G.) *Op. cit.*, p. 6.

¹³⁴ C'est encore le nom attribué généralement par le législateur à cette catégorie d'actionnaire, dont nous nous efforçons de démontrer le comportement d'épargnant.

¹³⁵ LAUDE (A.) L'embarco des informations financières in Dossier "l'information financière", Rev. dr. banc. novembre-décembre 2000, n° 6, p. 383.

¹³⁶ *Ibid.* L'auteur cite notamment les règlements C.O.B. n° 98-07, 95-01, 98-01.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ La loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 n'y fait pas exception avec la médiatique mesure d'information du Comité d'entreprise sur les auteurs d'offre public d'achat, afin que ces derniers puissent être auditionnés.

¹³⁹ Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003. J.O. 2 août 2003, 13220.

¹⁴⁰ COURET (A.) Les dispositions de la loi sécurité financière intéressant le droit des sociétés, J.C.P. éd. E. 2003, 1290, et notamment n° 7 et s.

¹⁴¹ V. sur la question : CONAC (P.-H.) Thèse préc. En particulier, s'agissant de la moralisation, p. 37 et s. et de l'obligation d'information, p. 39 et s.

¹⁴² Il s'agit là d'ailleurs d'une tendance générale à la multiplication des autorités de régulation, non seulement dans la sphère financière, mais également dans l'informatique (CNIL), ou l'audiovisuel (CSA). V. sur ce point le regard critique de DAIGRE (J.-J.) Pour une conception stroboscopique de la compétence des autorités de régulation, Rev. dr. banc. juillet-août 2000, n° 4, p.25.

¹⁴³ V. notamment la loi du 15 mai 2001 précit., qui renforce leurs pouvoirs en matière d'offres publiques.- COURET (A.) Le régime des offres publiques issu de la loi sur les N.R.E. D. 2001, chron., p. 1778.

¹⁴⁴ Il était récemment remarqué que confier la protection de l'épargne aux seuls professionnels (C.M.F.) comportait un danger. V. NEUVILLE (C.) C.O.B. ou C.M.F., qui doit contrôler la bourse ? In *La vie financière* août 2002, n° 2983, p. 15.

¹⁴⁵ Sur le projet : CONAC (P.-H.) La fusion de la COB et du C.M.F. In *Mélanges A.E.D.B.F. III, Op. cit.*, p. 59 et s. *Adde* : BONNEAU (Th.) Des nouveautés bancaires et financières issues de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, J.C.P. éd. E. 2003, 1325, n° 8 et s.

¹⁴⁶ BONNEAU (Th.) et DRUMMOND (Fr.) *Op. cit.*, n° 255 s. et 311 s.

disciplinaires. Au vu des règles de fonctionnement définies pour les marchés réglementés par les entreprises de marché, le C.M.F. reconnaissait ou non à ces entreprises la qualité de « marché réglementé d'instruments financiers »¹⁴⁷. Le C.M.F. était donc attentif à ce que ses décisions n'entravent pas l'économie en portant atteinte au rôle des marchés financiers. En particulier, il s'agissait de ne pas entraver le financement des sociétés cotées.

Ensuite, la Commission des opérations de bourse¹⁴⁸, dont les fonctions et pouvoirs se sont élargis par les lois successives, était l'agent le plus efficace en matière d'information et de transparence des marchés¹⁴⁹. Véritable « gendarme de la bourse », elle assurait le contrôle du marché¹⁵⁰. Elle se voulait la gardienne de la moralité des opérations de bourse. Sa mission de protection concernait donc essentiellement l'épargnant boursier. La diffusion de ses bulletins mensuels et rapports annuels jouait un rôle prépondérant dans la diffusion de l'information. L'ordonnance du 28 septembre 1967 (article 1^{er})¹⁵¹ qui l'instituait lui attribuait la mission spéciale de « veiller à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et tous les autres placements donnant lieu à appel public à l'épargne, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers ». La COB vérifiait notamment que les sociétés effectuent les publications obligatoires et que les informations fournies sont correctes. Son rôle était ici essentiel pour la bonne connaissance des sociétés intervenant sur le marché, puisqu'elle pouvait rectifier les informations fournies par les sociétés en rendant publiques ses observations. Pour ce faire, elle disposait de moyens non négligeables. Elle pouvait, en effet, procéder à toutes vérifications¹⁵², enquêtes¹⁵³ et visites domiciliaires¹⁵⁴. Elle sécurisait également le marché en ayant la possibilité d'interrompre toute pratique qu'elle jugeait contraire à ses règlements et de les sanctionner¹⁵⁵.

¹⁴⁷ V. art. L 421-13 C. mon. concernant la reconnaissance de la qualité de marché réglementé d'instruments financiers et L 421-3 C. mon. concernant leurs conditions de fonctionnement.

¹⁴⁸ Sa mission est précisée par l'art. L 621-1 C. mon.

¹⁴⁹ De surcroît, son champ d'intervention lui permet de concilier marché boursier français et contexte transfrontalier, ce qui dans ce contexte de mondialisation est un gage de circulation de l'information. V. sur ce point : PELTIER (F.) Les règles fondamentales du droit financier et l'internationalisation de la bourse. Rev. dr. bancaire et financier janvier/février 2000, n° 1, p. 40.

¹⁵⁰ Nécessaire pour assurer la « sécurité et transparence du marché financier » v. Loi du 2 août 1989.

¹⁵¹ Ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse. J.O. 29 septembre 1967, 9589.

¹⁵² Après des commissaires aux comptes des sociétés concernées ou d'experts judiciaires.

¹⁵³ La COB disposait de ses propres enquêteurs avec des pouvoirs élargis, comme ceux de se faire communiquer des documents, de convoquer et entendre des personnes susceptibles de fournir des informations, d'accéder à des locaux. Ils disposent pour leur autorité de sanctions pénales pour toutes personnes faisant obstacle à leur autorité, mais ne peuvent atteindre la souveraineté des États, la sécurité et l'intérêt économique français, etc.

¹⁵⁴ Sous le contrôle des juges judiciaires, ces visites ont pour objet de rechercher un délit d'initié ou des manœuvres sur le marché.

¹⁵⁵ SALOMON (R.) Le particularisme des infractions boursières. Dr. pénal 2003, chron. n° 1.- BONNEAU (Th.) et DRUMMOND (Fr.) *Op. cit.*, n° 491 et s.

Les pratiques visées sont essentiellement celles qui ont pour effet de fausser le marché, d'apporter des avantages injustifiés, de porter atteinte à l'égalité d'information ou de traitement¹⁵⁶. Ainsi la COB intervenait sur les marchés réglementés.

Ces autorités de régulation disposaient donc d'un certain pouvoir disciplinaire qui visait à assurer une déontologie en matière financière¹⁵⁷. Le souci de publication d'information est présent tant sur le premier que sur le second marché. Même l'admission sur le Nouveau marché, qui s'adresse à des entreprises jeunes à fort potentiel de croissance, requiert l'enregistrement¹⁵⁸ d'un document d'information permettant aux acteurs du marché de déterminer la situation financière et patrimoniale de la société, ses projets de développements, etc.

La loi du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière a réuni ces deux organismes.

635- L'A.M.F. est dotée de la personnalité morale. Elle fusionne les pouvoirs des deux institutions¹⁵⁹. Elle sera chargée de fixer les règles relatives aux marchés d'instruments financiers, aux offres publiques, aux obligations professionnelles. Elle précisera celles intéressant la bonne conduite applicables aux professionnels agréés du secteur financier. Elle dispose à cet effet d'un pouvoir réglementaire¹⁶⁰. Ces larges compétences¹⁶¹ s'accompagnent de prérogatives de puissances publiques lui permettant de contrôler et sanctionner¹⁶². Le juge judiciaire est compétent s'agissant des recours contre les décisions de l'A.M.F. Il s'agit là d'un contre-pouvoir nécessaire face à une telle concentration. Cette réforme est de nature à rassurer pleinement les acteurs de la vie financière et à restaurer une certaine confiance.

Toutefois, il est possible de s'interroger sur le bien-fondé d'une autorité unique semblant tournée vers la seule protection de l'épargnant. N'y a-t-il pas de « risque hégémonique de la protection de l'épargne »¹⁶³ ? En particulier, le pragmatisme économique qui caractérisait le C.M.F. se retrouvera-t-il dans les décisions émanant de la nouvelle autorité ? Certains auteurs redoutent une « vision monolithique des critères de bon

¹⁵⁶ Art. 9-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967.

¹⁵⁷ GIZARD (B.) et DESCHANEL (J.-P.) Déontologie financière et pouvoir disciplinaire. In *Mélanges A.E.D.B.F. III, Op. cit.*, p. 157.

¹⁵⁸ Jusqu'alors auprès de la COB.

¹⁵⁹ V. nouvel art. L 621-1 C. mon.

¹⁶⁰ Art. L 621-6 C. mon.

¹⁶¹ L'A.M.F. est tout à la fois « législateur, policier et juge » V. BONNEAU (Th.) Art. préc., n° 14.

¹⁶² PACLOT (Y.) Remarques sur le pouvoir de sanction administrative de la future autorité des marchés financiers. J.C.P. éd. E. 2003, act. n° 174.

¹⁶³ PELTIER (F.) Le risque hégémonique de la protection de l'épargne dans la fusion COB-C.M.F. Rev. dr. banc. mai-juin 2003, p. 184.

fonctionnement des marchés financiers »¹⁶⁴. La méthode législative utilisée pour fusionner les deux autorités est à cet égard de mauvais augure. En effet, cette réforme a entraîné la suppression des dispositions concernant l'A.M.F. et la substitution du terme A.M.F. à celui de COB dans les textes relatifs à cette dernière¹⁶⁵.

636- Il convient toutefois de ne pas idéaliser la protection réalisée par le marché boursier. L'aventure boursière existe encore et l'investisseur y côtoie l'épargnant. Afin de remédier aux risques liés à la bourse, certains épargnants souhaitent aller encore plus loin aujourd'hui. Que penser de la jurisprudence américaine qui accueille les demandes de dommages-intérêts formulées par des actionnaires à l'égard de dirigeants ? Ces derniers sont déclarés responsables des pertes subies, pour avoir omis de se ménager une protection adéquate grâce aux mécanismes de couverture disponibles sur les marchés. En France, la Cour de cassation ne satisfait pas pour l'instant ce type de demande¹⁶⁶.

Sans introduire en droit français la *class action*, la loi de sécurité financière accroît les possibilités d'actions en justice pour les actionnaires. La réforme porte sur l'assouplissement des conditions d'agrément des associations de défense des investisseurs¹⁶⁷.

Cette optique contentieuse n'apporte plus rien au patrimoine en fructification. Elle recherche une réparation, une limitation des risques. Cette attitude des épargnants en quête du risque zéro dissuade l'audace entrepreneuriale. Elle pousse à l'adoption de comportements spécifiques de la part des dirigeants¹⁶⁸. Cette tendance à la recherche de responsabilités incite notamment à la diligence, voire à la réglementation ainsi que le prouve la dernière loi sécurité financière¹⁶⁹. Outre la tendance au « panjurisme » que constituent ces règles, il est possible de se demander, face à ce déferlement soudain de principes protecteurs, s'il est encore question d'*investisseurs*. Le souci d'éviter tout risque est propre à l'épargnant, visant à faire fructifier son patrimoine de manière optimale.

¹⁶⁴ V. PELTIER (F.) Art. préc.

¹⁶⁵ V. notamment les réflexions critiques de BONNEAU (Th.) Art. préc., n° 8.

¹⁶⁶ La dévalorisation des titres résultant d'une dépréciation du patrimoine social ne constitue pas un préjudice individuel réparable. La valeur de l'action dépend d'autres paramètres que le seul patrimoine social. L'actionnaire est un investisseur, qui doit s'inscrire dans le long terme. Cass. com., 1^{er} avril 1997, Bull. Joly 1997, p. 650, note BARBIERI (J.-F.)- *Adde* : VATINET (R.) La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux devant les juridictions civiles. Rev. sociétés 2003, p. 247 et s., notamment n° 17.

¹⁶⁷ V. art. L 452-1 et L 452-2 C. mon. Les seuils d'agrément sont abaissés, et les possibilités d'actions sont ouvertes à partir d'un certain pourcentage de détention des droits de vote.

¹⁶⁸ SCHOLASTIQUE (E.) *Op. cit.*

¹⁶⁹ Mais également certaines dispositions concernant les investissements internationaux. Un récent traité permet aux multinationales et investisseurs de poursuivre en dommages et intérêts les gouvernements en cas de diminution de leurs profits dus à une politique ou une action publique. La cible est cette fois l'Etat, qu'on incite à ne pas se désengager de la vie financière. Les discriminations à l'égard des investisseurs étrangers sont interdites et il convient même de les garantir contre toute perturbation qui entraînerait une baisse de leurs profits.

637- Les sociétés entrepreneuriales sont également utilisées comme source d'épargne fructifiante du patrimoine ainsi qu'en témoigne l'évolution de la place du détenteur par rapport à la société cotée.

B – La place de l'épargnant : le déclin de l'actionnariat direct

638- La protection extérieure de l'épargnant que constitue la réglementation des marchés et la récolte d'information ne lui suffit plus. Il cherche des facteurs internes d'atténuation des risques. Celle-ci se réalise notamment en modifiant la place de l'épargnant par rapport à la société cotée qui fructifie son patrimoine¹⁷⁰. Ses modalités d'accession au capital de la société évoluent. Il introduit ainsi, entre lui et la société, des organes qui jouent un rôle tampon¹⁷¹. L'actionnariat direct succède à l'actionnariat indirect. C'est le passage du capitalisme populaire au capitalisme collectif¹⁷².

639- Le concept d'actionnaire est déjà difficile à définir dans ses éléments fondamentaux¹⁷³. Il l'est davantage lorsque l'on tient compte des nouvelles modalités de détention de l'action.

La prise de participation directe par un particulier est de plus en plus minoritaire dans les sociétés cotées. Ainsi les actionnaires personnes physiques résidant en France détiennent désormais environ 11 % de la capitalisation boursière¹⁷⁴. L'actionnariat demeure plus traditionnel dans les sociétés non cotées. Le risque pris dans la gestion individuelle du portefeuille explique ce phénomène. La gestion en direct d'un portefeuille suppose que l'épargnant conserve l'initiative des transactions (choix, moments, etc.) et transmette directement ses ordres de bourse à l'intermédiaire teneur de son compte titre. Ce mode d'actionnariat suppose donc la réunion de plusieurs qualités chez l'épargnant, comme par

¹⁷⁰ V. HOVASSE (H.) Actualité des valeurs mobilières et des marchés financiers. J.C.P. éd. N. 1999, p. 1125. « Les marchés sont devenus les hauts lieux de la transformation de l'épargne ».

¹⁷¹ Sur les risques de l'actionnariat direct, v. VIGNERON (B.) Quels recours pour les épargnants victimes des aléas de la bourse ? Dr. et patrimoine janvier 1997, p. 48.

¹⁷² Sur l'intégration des valeurs mobilières dans les instruments financiers, : CREDOT (F.J.) et GERARD (Y.) La loi de modernisation des activités financières. Rev. dr. banc. septembre-octobre 1996, p. 189.- GERMAIN (M.) et NOURY (M.-A.) La loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières. J.C.P. 1997, I, 4022, n° 21.- MARINI (P.) Rapport au premier ministre, 1996. La Documentation française.

¹⁷³ V. GUYON (Y.) Avant propos du colloque « qu'est-ce qu'un actionnaire ? ». Art. préc.

¹⁷⁴ V. BISSARA (Ph.) Exposé liminaire du colloque « qu'est-ce qu'un actionnaire ? ». Art. préc.

exemple : une gestion active supposant une parfaite connaissance des marchés¹⁷⁵, un portefeuille diversifié d'une valeur minimale de 35.000 euros afin d'amortir les frais de courtage et droits de garde. Ces inconvénients expliquent la désaffection des Français pour ce mode d'actionnariat.

640- Seuls certains modes d'épargne conservent un dernier intérêt à l'actionnariat direct. Ils utilisent l'action comme vecteur de fructification mais offrent une plus grande sécurité alliée à des avantages fiscaux appréciables¹⁷⁶. Il s'agit de l'actionnariat direct par le biais de Plan d'Epargne en Actions ou de Plan d'Epargne Entreprise¹⁷⁷. Les incitations législatives à cette forme d'épargne visent à drainer le patrimoine vers les sociétés afin de consolider leurs fonds propres, favoriser leurs investissements, etc¹⁷⁸. Toutefois, l'affectation des sommes confiées à un P.E.E., tout comme la composition d'un P.E.A., ne concerne pas que les titres en capital. Ils accueillent tout type de valeurs mobilières et, en particulier, les produits proposés par des O.P.C.V.M. Les choix des épargnants se portent alors plus volontiers sur ces produits qui combinent aux avantages fiscaux des Plans d'Epargne, la sécurité de la gestion d'un organisme collectif¹⁷⁹.

641- La distance entre l'épargnant et la société se creuse alors de plus en plus, car en passant de la gestion individuelle à la gestion collective, l'initiative des opérations passées est perdue. Dans ces hypothèses, il est manifeste que l'épargnant succède à l'actionnaire. Le détenteur du titre relève davantage de l'économiste que du partenaire¹⁸⁰. Ce sont moins ses prérogatives politiques que la capacité de la valeur sociétaire à l'enrichir¹⁸¹ qui l'intéressent¹⁸². Le législateur est conscient de ce manque d'investisseurs, particulièrement dans les sociétés non cotées. Il est tenté de drainer des capitaux par le biais des F.C.P. à risques par exemple. L'intermédiation du fonds commun est de nature à rassurer l'« investisseur » qui se sent

¹⁷⁵ Bien qu'il puisse toujours bénéficier d'une gestion assistée, c'est-à-dire de l'assistance d'un conseiller qui le guidera dans le choix de ses opérations.

¹⁷⁶ Pour les avantages fiscaux comparativement à la gestion directe, v. *infra* n° 833.

¹⁷⁷ Composition d'un portefeuille collectif.

¹⁷⁸ La loi du 19 février 2001 sur l'Epargne salariale met l'accent sur ces modes d'épargne collectif.

¹⁷⁹ Pour le P.E.E., l'effet de la gestion collective est double, puisque le P.E.E est déjà une forme de gestion collective de l'épargne garantie par l'A.G.S. à laquelle s'ajoute la possibilité de confier la gestion des titres à un O.P.C.V.M. I V. MOREAU (M.) Actionnariat des salariés. Art. préc., n° 69 et s.

¹⁸⁰ Le droit des sociétés révèle ainsi son aptitude à intégrer des relations catégorielles plus que contractuelles (catégorie des salariés, des épargnants, des investisseurs, etc.)

¹⁸¹ Soit par le biais des dividendes auxquels il peut prétendre, soit par celui de la plus-value qu'il peut réaliser en cédant le titre.

¹⁸² BISSARA (Ph.) Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ? Rev. sociétés 2003, p. 51 et s. L'auteur note que les fonds de pension cèdent leurs titres au moindre désappointement (p. 59 et s.)

davantage l'âme d'un épargnant. Les dispositions de la récente loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 traduisent ces intentions.

642- L'optique d'épargne de ces actionnaires est un frein à l'investissement, au développement de projets. Les répercussions pour l'entreprise sont négatives. Si les bénéfices sont versés en dividendes et non affectés au développement de l'entreprise, les épargnants tuent leur poule aux œufs d'or. Apparaît alors un cercle vicieux : au départ, le dynamisme de la société et le patrimoine investi provoquent la croissance de la société entrepreneuriale. La fructification du patrimoine de l'associé et la réussite de la société vont de pair. En grossissant, elle devient moins mobile, elle s'empêse et tend vers l'immobilisme, du fait de l'intrusion d'épargnants. Pour ces derniers¹⁸³, la fructification de leur patrimoine et les objectifs de l'entreprise sont déconnectés. Il y a là une sorte de perversion du développement économique des sociétés entrepreneuriales, freinées dans leur dynamisme par leur propre croissance. Elles connaissent alors soit une grande instabilité de leur capital avec une rapidité des mouvements¹⁸⁴, soit une montée en puissance des teneurs de compte avec l'intervention d'O.P.C.V.M. Or, ces organismes collectifs ne font qu'accentuer ce phénomène en utilisant leurs droits de vote pour des raisons purement patrimoniales. Cette utilisation de la société entrepreneuriale à des fins d'épargne est une dérive. Comment considérer encore l'attitude de l'associé ou actionnaire comme celle d'un acteur de la société. L'attitude actuelle des actionnaires institutionnels révèle bien que peu importent l'entreprise et sa réussite. Seule la meilleure rémunération possible de leurs valeurs est recherchée¹⁸⁵. Les organismes intercalés entre le détenteur du patrimoine et la société entrepreneuriale faussent le jeu économique. Cette dérive naît de l'intrusion dans les sociétés entrepreneuriales de sociétés patrimoniales.

¹⁸³ Au contraire des investisseurs.

¹⁸⁴ Liée à la volatilité des actionnaires.

¹⁸⁵ Leur protection est l'unique souci. La loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 l'a prouvé par ses nombreuses mesures. La réglementation de la profession de conseiller en investissement financier en est la manifestation la plus cohérente (art. 55 de la loi).

SECTION 2

La fructification du patrimoine dans une société patrimoniale

643- Affecter son patrimoine à une société ayant pour objet spécifique de le faire fructifier est moins risqué pour l'épargnant. La forme sociétaire est adaptée à la fructification du patrimoine, car elle permet de mieux le gérer¹⁸⁶. Ce mode de détention du patrimoine propose des choix de placements plus efficaces. Les sociétés patrimoniales ayant comme cible les valeurs mobilières représentent une source intéressante de fructification du patrimoine (paragraphe 1). Les immeubles constituent également des placements valorisants et sécurisants, ainsi qu'en témoigne la vivacité de certaines sociétés patrimoniales immobilières (paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Les sociétés patrimoniales mobilières

644- Les gestionnaires de patrimoine utilisent amplement les valeurs mobilières. Elles sont effectivement susceptibles de gains rapides, avec des charges et un investissement moins lourds que l'immobilier. La gestion de ce patrimoine mobilier peut être confiée à une société patrimoniale, c'est-à-dire une société ayant directement pour finalité la valorisation du patrimoine affecté. Il en existe deux catégories, se distinguant selon leurs modalités de fructification. Le premier procédé relève de perspectives très dynamiques et fait appel à des professionnels, le second puise dans la structuration les moyens favorisant la croissance du patrimoine. Les sociétés de gestion de portefeuille (A) font fructifier le patrimoine sur le

¹⁸⁶ Sur l'aptitude de la société à une meilleure gestion par dissociation du capital et de la gestion, v. encore CHASTENET DE GERY (G.) *La nature juridique du contrat de gestion d'entreprise hôtelière. Contribution à une étude de dissociation du capital et de la gestion*. Thèse Paris 9, 1998. La recherche d'un cadre juridique adapté à cette opération mène l'auteur vers la voie sociale. De *lege lata*, elle semble offrir une grande souplesse et notamment par le biais de la S.A.S. L'auteur ne manque pas de nous orienter vers la fiducie de *lege feranda*. Il est vrai qu'en l'espèce une nouvelle fois, il est démontré que la société permet dans certains cas un démembrement du patrimoine entre la gestion et le capital. Mais c'est omettre l'influence actuelle des détenteurs de capitaux sur la gestion et la redécouverte de leurs droits politiques.

fondement d'une gestion économique, tandis que les sociétés de portefeuille (B) le font par une gestion politique.

A – Les sociétés de gestion de portefeuille

645- Il y a assurément un intérêt à confier la gestion de son patrimoine à un professionnel apte à dénicher la meilleure fructification¹⁸⁷. Il est possible alors de choisir entre une gestion collective ou individuelle du patrimoine¹⁸⁸. Deux types de gestionnaires se distinguent donc. Tantôt le patrimoine est affecté à la société : le contrat social ayant pour objet la gestion du patrimoine (1), tantôt le patrimoine est confié à la société par un contrat de gestion (2).

1 - Le contrat social au service de la gestion du patrimoine mobilier

646- Le développement du capitalisme collectif est remarquable : il représente aujourd'hui plus de la moitié de la capitalisation boursière¹⁸⁹. L'actionnariat est indirect, puisque le bénéficiaire effectif des revenus et plus-values des actions de la société entrepreneuriale a délégué la gestion à des professionnels. Ces derniers prennent les décisions de placement et exercent les droits politiques attachés aux actions. L'épargnant conserve seulement le choix du montant à investir ou désinvestir. Ainsi, avec un patrimoine de moindre importance, il a accès à un portefeuille diversifié aux coûts de gestion moins élevés¹⁹⁰.

Il y a dissociation entre la propriété du capital et la gestion, ce qui complique l'identification de celui qui a la qualité d'actionnaire. Les propriétaires ignorent la liste des titres constitutifs de leur épargne et choisissent de prendre une participation dans une SICAV en fonction du rendement global des placements effectués par le gestionnaire des titres. Le gestionnaire de son côté ne tient pas compte des individualités, des choix ou attentes des actionnaires. Il gère pour la collectivité. La gestion du patrimoine est dite collective.

¹⁸⁷ V. toutefois le bon mot de Woody Allen « Qu'est-ce qu'un gestionnaire de fonds ? Un type qui gère votre argent jusqu'à ce qu'il n'y en ait plus... »

¹⁸⁸ BONNEAU (Th.) et DRUMMOND (Fr.). *Op. cit.* n° 220 et s.

¹⁸⁹ Alors que la gestion collective ne représentait que 70 milliards d'actifs nets en 1980, elle représentait en 1997, 2000 milliards (de Francs français) ! V. LE GALL (J.-P.) *Droit commercial, les groupements commerciaux*. Mémento Dalloz, 1998, p. 226.

¹⁹⁰ GUYON (Y.) Le cas des O.P.C.V.M., in colloque « qu'est qu'un actionnaire » ? Rev. sociétés 1999, p. 554, n° 3. L'auteur remarque que les O.P.C.V.M. déchargent l'actionnaire d'une gestion difficile résultant de la mondialisation économique et de la diversification croissante des valeurs mobilières.

Le portefeuille de valeurs mobilières est ainsi commun à plusieurs investisseurs. Ces sociétés sont d'ailleurs particulièrement précautionneuses quant aux risques pris dans la mesure où elles gèrent de l'argent pour autrui. Elles jouent le rôle de tampon entre la société entrepreneuriale et l'épargnant. La dimension du portefeuille que détient la société en vue de sa gestion est telle qu'elle permet une réelle diversification¹⁹¹, une dilution des risques et assure une bonne rentabilité moyenne¹⁹².

647- Cette gestion collective est assurée par les O.P.C.V.M.¹⁹³ comme les fonds communs de placement¹⁹⁴ ou les SICAV. L'épargnant détient soit des actions de SICAV¹⁹⁵, soit des parts de copropriété de F.C.P.¹⁹⁶, lesquelles représentent diverses valeurs mobilières. Les O.P.C.V.M. sont régis principalement par la loi du 23 décembre 1988¹⁹⁷, adaptant la directive européenne du 20 décembre 1985¹⁹⁸. Ces lois ont connu des modifications, notamment avec la loi portant diverses dispositions économiques et financières du 12 avril

¹⁹¹ Dont l'importance est souvent soulignée par les experts. V. notamment : SERRE (J.-M.) Le risque patrimonial : l'identifier, l'évaluer, et le gérer. Rev. dr. banc. mars-avril 1998. Ingénierie patrimoniale, n° 66, p. 3. Elle permet de limiter le risque et donc assure une pérennité de l'acquis, voire une fructification du patrimoine. La technique sociétaire permet de le faire de manière optimale en évitant une perte de temps considérable et une gestion lourde.- ALBOUY (A.) Diversification et gestion de patrimoine à long terme. Banque 1999, n° 609, p. 40.

¹⁹² V. TURIN (M.) Le rôle croissant des gérants de fonds collectifs, art. *Le Monde*, 30 mars 1998: « Pour jouer en bourse, les placements collectifs sont moins coûteux et moins risqués que la gestion individuelle. Après l'achat d'une part de SICAV ou F.C.P., l'épargnant n'a pas de souci à se faire sur le choix des actions puisque c'est le gérant qui fait le marché (...) La compétence professionnelle du pilote est supérieure à celle de l'investisseur moyen ».- La gestion alternative : une star est née. Banque 2001, n° 628, p. 19 et s.

¹⁹³ Dict. perm. Epargne et produits financiers, feuillet 65, p. 585 et s.- GALLAIS-HAMONNO (G.) *S.I.C.A.V. et F.C.P., les O.P.C.V.M. en France*. Que sais-je ? PUF, 1995.- LAMY droit du financement, n° 1540 et s.- BOUGNOUX (A.) O.P.C.V.M. J.-Cl. Sociétés, fasc. 2236.- *Adde* : pour les modifications récentes de leur réglementation suite aux directives du Parlement européen et du Conseil n° 2001/107 et n° 2001/108 du 21 janvier 2002 : J.C.P. éd. E. 2003, chron. 356, p. 414 et s.

¹⁹⁴ Les fonds communs de placement ne sont pas des sociétés. Ils n'ont pas plus la personnalité morale. Il s'agit d'un système de copropriété. Le modèle de gestion est totalement identique à celui des SICAV. Bien que s'inspirant des techniques sociétaires à bien des égards, ce mode de gestion collective ne constitue pas un modèle de contrat social de gestion. Les fonds communs de placement peuvent se décliner en plusieurs variétés suivant les objectifs recherchés. Il a déjà été fait allusion aux fonds communs de placement pour l'innovation, ou les F.C.P. à risques ; il convient de citer également les fonds communs de placement d'entreprise. La question de savoir qui a la qualité d'actionnaire dans un F.C.P. est discutée. Appartient-elle au fonds ou aux épargnants ? L'art. 7-1 de la loi du 23 décembre 1988 dispose que sont actionnaires les copropriétaires des F.C.P., qui doivent nommer un représentant unique. Mais l'art. 8 jette le trouble (la désignation du fonds pouvant être substituée à celle des copropriétaires). Les F.C.P. soulèvent des difficultés insolubles en l'absence de personnalité morale. V. en ce sens GUYON (Y.) Le cas des O.P.C.V.M. Art. préc.. Les F.C.P. sont toutefois apparus très rapidement comme un mode de gestion présentant des intérêts pour l'épargnant. V. GAUME (B.) *La gestion des F.C.P.* Thèse Paris I, 1987, notamment p. 19 et s.

¹⁹⁵ On assiste ici à la superposition de deux sociétés dans le patrimoine de l'épargnant.

¹⁹⁶ Dans cette hypothèse, la technique sociétaire ne sert le patrimoine qu'en bout de chaîne. La société entrepreneuriale fait profiter de sa création de valeur le F.C.P. avant que l'épargnant n'en ait les retombées.

¹⁹⁷ Loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux O.P.C.V.M. et F.C.P. codifiée sous les art. L 211-2 et L 214-20 et s. C. mon.

¹⁹⁸ Directive CEE 851611 du 20 décembre 1985 (modifiée par directive 2001/107/CE et 2001/108/CE) sur les O.P.C.V.M. coordonnés. J.O.C.E. n° L 375-3.

1996 (art. 6)¹⁹⁹ et la loi sur la modernisation des activités financières du 2 juillet 1996 (art. 91)²⁰⁰. Les produits qu'ils gèrent ne s'arrêtent évidemment pas à l'action²⁰¹. Toutefois, dans les cas où elle est retenue dans le portefeuille, l'utilité de la technique sociétaire en vue de la valorisation patrimoniale est double, puisqu'il y a cumul des intérêts des sociétés patrimoniales et entrepreneuriales. L'exemple des SICAV est particulièrement explicite. L'épargnant qui prend une participation au sein de la SICAV, conserve la qualité d'actionnaire d'une société. Il s'agit toutefois de l'organisme qui gère collectivement le portefeuille, c'est-à-dire de la société patrimoniale. Il n'est pas actionnaire des sociétés entrepreneuriales, qui créent véritablement la valeur et la rémunération. Seule la SICAV est actionnaire - nécessairement minoritaire²⁰² - de la société créatrice de valeur. Le montage sociétaire est au service de la valorisation du patrimoine.

648- Les sociétés patrimoniales opèrent une déconnexion totale de la source de fructification. L'épargnant reçoit pour rémunération de son placement la part des résultats de la SICAV qu'elle voudra bien distribuer. C'est l'expression du contrat de société. La responsabilité pour la gestion accomplie reflète également cette situation particulière²⁰³. En l'espèce, la participation à ce contrat de société a en elle-même déjà une valeur. Le contrat de société présente en effet une utilité, qui se concrétise dans la valeur des actions. Elle se comptabilise dans le patrimoine de l'épargnant.

649- L'intermédiation dans la gestion est parfois encore plus poussée. En effet, l'O.P.C.V.M. peut confier la gestion de son portefeuille à une société de gestion, comme les sociétés spécifiques de gestion des O.P.C.V.M. créées par la loi du 23 décembre 1988²⁰⁴. La gestion repose alors non plus sur un contrat de société mais sur un mandat de gestion.

¹⁹⁹ Loi n° 96-314. J.O. 13 avril 1996, 5707.

²⁰⁰ Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 codifiée sous les art. L. 211-1 et s. C. mon.- En outre, de nouveaux types d'O.P.C.V.M. ont été introduits en 1998.

²⁰¹ Certains O.P.C.V.M. ont d'ailleurs des produits privilégiés comme par ex. les SICAV monétaires.

²⁰² Elle peut détenir au plus 10 % du capital de l'émetteur.

²⁰³ V. sur ce point : RANCOURT (A. de). La responsabilité en matière de gestion collective. Banque et droit n° 70, mars/avril 2000, p. 17 et notamment concernant les SICAV, p. 20.

²⁰⁴ Elles doivent être distinguées des sociétés de gestion de portefeuille créées par l'art. 15 de la loi de modernisation des activités financières du 2 juillet 1996.

2 - La société au service d'un contrat de gestion de patrimoine

650- La gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières peut également être confiée à une société de gestion de portefeuille. Dans cette hypothèse, le mode de gestion est individuel. Le lien rattachant l'épargnant à la société est un contrat de mandat de gestion²⁰⁵.

Les opérations pratiquées par ces sociétés sont strictement réglementées afin de protéger l'épargne publique. Deux lois sont venues préciser les modalités de gestion de ces sociétés. La loi du 1^{er} juillet 1989 qui pose une nouvelle réglementation de « l'activité de gestion de portefeuille », et la loi du 2 juillet 1996²⁰⁶ qui édicte de nouvelles règles concernant « les personnes morales qui ont pour profession habituelle et principale de fournir des services d'investissement »²⁰⁷ et qui exercent à titre principal la gestion de portefeuille pour le compte de tiers²⁰⁸. Ces entreprises sont appelées sociétés de gestion de portefeuille. Elles assurent un service de gestion individuelle du portefeuille qui leur est confié contrairement aux organismes de gestion collective que sont les O.P.C.V.M. Ces sociétés doivent être agréées par une autorité de marché qui vérifie notamment le montant du capital initial, l'identité et les qualités des actionnaires²⁰⁹, la forme juridique et le programme d'activité des services rendus. L'agrément peut être retiré et la radiation de la société de gestion à titre de sanction disciplinaire est possible.

651- La différence fondamentale entre ces formes de gestion individuelle et la gestion collective ne tient pas à la qualité de la fructification du patrimoine, ni au vecteur de la fructification (des valeurs mobilières dans la plupart des cas), mais aux liens qui s'instaurent entre les différents acteurs. Ce qui lie le détenteur du patrimoine à la société de gestion de portefeuille n'est pas une prise de participation, mais un contrat de gestion appelé « mandat de gestion ». La protection de l'épargnant consiste donc en des règles d'information précontractuelles²¹⁰, en l'exigence d'un écrit²¹¹ et de dispositions précises quant aux axes de gestion²¹². En effet, l'épargnant entérine à l'avance l'ensemble des opérations effectuées pour

²⁰⁵ Il est possible de faire un parallèle avec les *nominees* ou *trustees*, ces derniers ayant toutefois un degré de contrôle différent sur le portefeuille. V. COURET (A.) Art. préc.

²⁰⁶ Loi précitée.

²⁰⁷ Art. L 531-4 C. mon.

²⁰⁸ Art. L 321-1 et L 321-2 C. mon.

²⁰⁹ Ces derniers doivent présenter un certain nombre de qualités parmi lesquelles l'honorabilité et l'expérience ainsi que l'aptitude à gérer de manière saine et prudente.

²¹⁰ Art. L 533-4 C. mon.

²¹¹ Art. L533-10 C. mon.

²¹² V. Règlement COB 96-02.

son compte par le gestionnaire. Le contrat de gestion pose évidemment les limites de l'action du gestionnaire qui peuvent concerner la nature des instruments ou des marchés, la limite des pertes maximum, etc. La société de gestion de portefeuille a une obligation de moyens et non de résultat envers son client. Le client doit donc rapporter la preuve d'une gestion maladroite, imprudente ou négligente du portefeuille pour pouvoir mettre en jeu la responsabilité de la société²¹³. La qualité de mandataire induit des obligations et, corrélativement, une responsabilité²¹⁴ différentes, qui influent sur la gestion du portefeuille sans doute davantage personnalisée²¹⁵. Elle introduit néanmoins le même degré d'intermédiation entre l'épargnant et la société entrepreneuriale source de la valorisation du patrimoine. Même si l'épargnant reste actionnaire, il délègue la plupart du temps ses droits de vote à la société de gestion.

652- Le contrat de gestion²¹⁶ constitue dans le patrimoine de l'épargnant une valeur supplémentaire. Il est créancier auprès de la société de gestion d'une valorisation de son patrimoine. La réussite n'est pas certaine s'agissant d'une obligation de moyens²¹⁷. Toutefois, le droit de la responsabilité incite à une diligence minimale.

653- L'intérêt principal de toutes ces sociétés est la gestion déléguée du patrimoine. Ces sociétés réalisent une véritable fructification du patrimoine affecté car il s'agit de leur finalité unique.

Il y a toutefois des inconvénients tenant à la portée des abstractions instituées. Les sociétés patrimoniales correspondent de toute évidence à un besoin des différents acteurs.

²¹³ Pour un exemple d'imprudence d'une société de gestion de portefeuille, v. Cass. com., 16 décembre 1997. Dr. sociétés avril 1998, p. 17, obs. HOVASSE (H.) En l'espèce, la société avait commis une faute d'imprudence dans une opération de portage de nature à exposer ses clients à un risque : le non rachat des actions. Elle ne s'était pas fait garantir la bonne fin du rachat d'actions.

²¹⁴ V. GERMAIN (M.) La responsabilité en matière de gestion individuelle sous mandat. Banque et droit, n° 70. Mars-avril 2000, p. 14.- BOULOC (B.) La responsabilité en matière de gestion de titres. In *Mélanges Cabralac*, 1999, p. 437.- VAUPLANE (H. de). La responsabilité civile des intermédiaires. Rev. dr. banc. novembre-décembre 1999, p. 228.- POUILLAIN (B.) L'abus de mandat dans la gestion de portefeuille. Dr. et patrimoine ? septembre 1997, p. 18 et s.

²¹⁵ La personnalisation de la gestion est illustrée par un arrêt récent. V. Cass. com., 25 janvier 2000. Dr. sociétés avril 2000, p. 25. Il s'agissait d'une société de gestion ayant en charge la gestion du patrimoine de plusieurs S.C.P.I. La Cour de cassation a rappelé que la gestion doit se faire dans le seul intérêt de chacune des S.C.P.I. dont elle a la charge. On ne peut admettre au nom d'une prétendue mutualisation des risques de partager les effets d'une opération défavorable accomplie par une S.C.P.I. avec d'autres gérées par la même société de gestion. L'intérêt de chaque société s'apprécie isolément. Cette personnalisation est une protection supplémentaire de l'épargnant.

²¹⁶ A l'instar du contrat social conclu par l'épargnant (SICAV par exemple).

²¹⁷ Toutefois la Cour de cassation a eu l'occasion récemment d'énoncer que les gérants ou dépositaires d'un F.C.P. sont tenus d'une obligation de résultat quant à la délivrance d'un certificat de crédit d'impôt conforme à sa destination. L'affaire était celle des fameux « fonds turbos » (*infra* n° 799 pour la matière fiscale). Cass. com., 24 septembre 2002. D. 2003, jp comm., p. 235, note DELFBECCQUE (Ph.)

Pour l'épargnant, il est ainsi possible de concilier la fructification dans une société entrepreneuriale très avantageuse et la gestion collective ou individuelle confiée à un intermédiaire, qui en maximise les performances. Pour la société entrepreneuriale, la prise de participation d'épargnants par le biais des organismes collectifs pallie le manque d'investisseurs. Néanmoins, un écart trop important se dessine entre les intérêts des deux acteurs²¹⁸. Il est dû à l'intermédiation. Leurs intérêts ne sont pas forcément convergents. L'abstraction de la relation entre la société et l'épargnant fait oublier qu'il y a derrière la fructification du patrimoine, une entreprise intégrant une réalité humaine et non simplement pécuniaire. Il n'y a plus conscience d'une coopération²¹⁹ à une société d'activité. Ce manque d'implication ne concourt pas au respect de règles de valeurs propres à toute réalité entrepreneuriale²²⁰. Il est finalement retenu que c'est le contrat²²¹ passé avec la société patrimoniale qui valorise le patrimoine et non l'activité fructifère de la société entrepreneuriale cible. Il s'ensuit un déplacement du devoir de création de valeur qui incombe à la société patrimoniale. Contrairement aux apparences, ce déplacement de responsabilité ne profite pas à l'entreprise. En effet, la concentration des pouvoirs, dont les sociétés patrimoniales disposent, est corrélative à l'importance des portefeuilles gérés. Leur influence dans les assemblées générales est donc réelle. En réalité, ce transfert de responsabilité incite les sociétés patrimoniales à exercer une pression politique néfaste à l'esprit d'entreprise²²². Pour éviter ces dérives, il conviendrait donc pour ces sociétés patrimoniales d'exercer leur mission avec une démarche d'investisseur à long terme, prenant en compte la réalité de l'entreprise.

En comparaison, les sociétés civiles de portefeuille sont bien plus inoffensives pour l'esprit d'entreprise²²³.

²¹⁸ V. en ce sens GUYON (Y.) Art. préc., n° 9. L'intérêt de la SICAV est supérieur à l'intérêt de la société émettrice. L'intermédiation détend le lien épargnant/société et modifie sa nature.

²¹⁹ Qu'il s'agisse d'investissements ou de simple placements.

²²⁰ MAUDUIT (L.) et DESPORTES (G.) *La gauche imaginaire et le nouveau capitalisme*. Grasset, 1999. Les auteurs dénoncent le comportement d'une catégorie d'actionnaires institutionnels qui n'hésitent pas à faire chanter les sociétés : celui qui a le pouvoir n'est plus celui qui a la majorité mais celui qui peut faire chuter les cours. Il y a là un phénomène proche de celui des lobbies.

²²¹ Qu'il s'agisse d'un contrat de gestion ou d'un contrat de société.

²²² V. les reproches faits aux fonds de pension anglo-saxons à l'occasion des faillites d'entreprises.- L'intermédiation a également un inconvénient néfaste pour la fructification du patrimoine, car elle a un coût. En effet, les gestionnaires ne manquent pas de prélever leur commission sur le produit des actifs gérés. Ainsi, un rapport de la COB d'octobre 2002 a démontré qu'1 % en moyenne de la valeur d'une Sicav est prélevé au titre de commissions tous les ans par les sociétés de gestion d'actifs des banques, et a appelé à la plus grande transparence en matière de commissions de négociation. V. également sur ce point : MARTIN (H.) Comment les banques arnaquent cinq millions de porteurs de Sicav. *Le Canard Enchaîné*, 23 juillet 2003.

²²³ Les vraies déviations du droit des sociétés ayant un impact négatif sur notre économie ne sont pas là où l'on croit les dénicher. Le juriste devrait rester clairvoyant et apprécier l'utilisation des techniques compte tenu de leur impact positif ou négatif pour la collectivité des individus. La rectitude de l'utilisation des droits de vote

B – Les sociétés de portefeuille

654- Ces sociétés patrimoniales ont été fortement décriées. Leur conformité au droit des sociétés a été discutée. De plus, l'abstraction qu'elles représentent par rapport aux modèles sociétaires traditionnels a été difficilement intégrée. Elles respectent pourtant davantage l'idéal d'entreprise que les sociétés de gestion de portefeuille.

655- Les sociétés de portefeuille se distinguent des sociétés de gestion de portefeuille, car elles ont avant tout pour objet la *détention* de valeurs mobilières.

Ainsi, elles peuvent, *en premier lieu*, avoir pour objet de détenir un ensemble de participation. Parfois confondues avec les sociétés holdings, elles s'intègrent dans la logique d'un groupe de sociétés. Leur validité a été reconnue par la jurisprudence aux termes du célèbre arrêt *Rivoire et Carret*²²⁴. Leur objet peut intéresser la seule détention, comme intégrer des paramètres de gestion et il s'agit alors d'une société holding. Leur forme n'est pas forcément celle d'une société civile. La S.A.S. est aujourd'hui préconisée en raison de la grande flexibilité qu'elle offre. Ces sociétés de portefeuille n'ont toutefois pas vraiment de finalité de fructification financière, même si elles sont des sociétés patrimoniales. Leur objet réside davantage dans une gestion politique²²⁵. En réalité, ces sociétés de portefeuille ou sociétés holdings sont des sociétés patrimoniales véritablement au service des sociétés entrepreneuriales dont elles détiennent une participation. C'est l'esprit du groupe de sociétés qui les gagne.

656 Ce n'est pas le cas, *en second lieu*, des sociétés civiles de portefeuille de valeurs mobilières²²⁶. Elles ne sont soumises à aucun texte spécifique. Les articles 1845 et suivants du Code civil leur sont donc applicables. Leur stratégie est en effet différente, en ce qu'elles ont pour but de détenir des valeurs sans qu'il s'agisse à proprement parler de participations.

attachés aux droits sociaux n'est pas contestable eu égard au droit des sociétés, mais sa conformité à l'intérêt social doit être remis en question.

²²⁴ V. *supra* n° 323 note de bas de page 262.

²²⁵ V. *supra* n° 323 et 405.

²²⁶ BONDUELLE (P.), PRIEUR (J.) et PLAGNET (B.) Société civile de gestion de portefeuille, outil de gestion et transmission. Actes pratiques 1996, n° 28. - BONDUELLE (P.) A quoi peut servir une société civile de gestion de portefeuille ? J.C.P. éd. E. 1997, 711. - ROYAL (H.) Société civile de portefeuille. F.F.E., 2001.

Aucun groupe de sociétés n'est créé. Il s'agit davantage d'une démarche d'épargnants qui regroupent à l'actif d'une société civile, un portefeuille de valeurs mobilières dont la société doit assurer la gestion²²⁷.

C'est d'abord la structuration du patrimoine au sein d'une société - notamment son mode de détention particulier - qui doit assurer une meilleure gestion²²⁸. En effet, la plupart du temps le portefeuille préexiste à la société. Il lui est apporté lors de sa constitution. L'objectif est la rationalisation des coûts par une concentration. En regroupant dans un portefeuille unique un patrimoine plus important, les perspectives de fructification augmentent dans la mesure où la diversification est plus aisée et les risques dilués. Un argument en faveur de ce type de société était également la cohésion du portefeuille assurée par la technique sociétaire²²⁹. Cet avantage de gestion par rapport à la détention directe n'est plus aussi évident, puisque la Cour de cassation a reconnu que le portefeuille de valeurs mobilières constituait une universalité²³⁰,

Ensuite, il convient de remarquer que la société gère pour son propre compte et non celui de tiers²³¹. Si les associés perçoivent les fruits de cette gestion, c'est en leur seule qualité d'associé et non en vertu d'un mandat.

Enfin, la différence tient également à la qualité du gestionnaire. En effet, un certain nombre de sociétés civiles de portefeuille se sont constituées essentiellement à des fins de structuration, en vue notamment de la transmission d'un portefeuille²³². Il n'empêche que l'objet social de certaines de ces sociétés prévoit qu'elles assureront la gestion du portefeuille. L'hypothèse de l'intervention ou du moins l'assistance d'un professionnel est moins aisée dans le cadre de ces sociétés, généralement familiales. Il reste que la société peut confier cette mission soit à celui de ses associés qui paraît le plus compétent et qui sera nommé gérant²³³, soit à une société de gestion de portefeuille²³⁴ par mandat. Cette modalité de gestion sous mandat du portefeuille, doit être mentionnée dans l'objet social et est alors opposable aux

²²⁷ Il ne s'agit toutefois pas de professionnels décrits *supra* : SICAV ou sociétés de gestion de portefeuille.

²²⁸ L'ancêtre de ce type de société structurante à des fins économiques est certainement la S.C.M. Elle est le premier exemple de partage du patrimoine profitable. Le patrimoine est mis en société, son utilité est partagée par plusieurs personnes et leur fait faire des économies. C'est un effet malthusien : il y a rationalisation des coûts.

²²⁹ Cette cohésion permettait une gestion plus dynamique.

²³⁰ Cass. com., 12 novembre 1998. Dr. sociétés janvier 1999, p. 21, obs. HOVASSE (H.)- BONNEAU (Th.) et DRUMMOND (Fr.) *Op. cit.*, n° 222 et s.

²³¹ A l'inverse des sociétés de gestion de portefeuille.

²³² V. *infra* n° 371 et 405.

²³³ Par exemple, le grand-père retraité qui se tient au courant des fluctuations du marché...

²³⁴ V. *infra* n° 650 s'agissant d'une gestion individuelle..

tiers.

L'efficacité de ces sociétés civiles de portefeuille en terme de fructification du patrimoine est toutefois modeste²³⁵. La rationalisation des coûts par la technique sociétaire ne suffit pas, seule, à valoriser de manière exponentielle le patrimoine. Elles présentent plus d'intérêt en terme de transmission.

657- Toutes les sociétés civiles, qui *ab initio* structurent le patrimoine, ne conduisent pas à des conclusions aussi nuancées. En matière immobilière, elles s'avèrent beaucoup plus efficaces sur la fructification du patrimoine.

Paragraphe 2 - Les sociétés patrimoniales immobilières

658- L'immobilier, à l'instar du bas de laine, a été considéré un certain temps comme un mode de fructification dépassé du patrimoine. A constater la diversification des sociétés s'intéressant au patrimoine immobilier, il y a tout lieu de croire que la pierre, valeur refuge, conserve de véritables aptitudes à la valorisation²³⁶. L'actuelle crise des valeurs mobilières a conduit un certain nombre d'épargnants, voire d'investisseurs, à se reporter massivement sur l'immobilier. Ils ont été récompensés de leur démarche puisque les S.C.P.I., par exemple, ont connu en 2002 un des rendements les plus lucratifs²³⁷.

Pourtant, il était reproché à l'immobilier de constituer un investissement patrimonial trop onéreux, nécessitant un capital de départ trop important et faisant peser des charges trop lourdes. Cette affirmation doit être tempérée²³⁸. La technique sociétaire, en fragmentant la détention de l'immeuble, le rend plus facilement accessible. Il est possible ainsi d'investir dans une S.C.P.I. à partir de 150 euros. Cet avantage, dû initialement à la structuration, a des impacts sur la fructification du patrimoine.

²³⁵ Sous cette optique de valorisation du patrimoine, ces sociétés patrimoniales choquent toutefois moins la définition de l'art. 1832 C. civ. Leur utilisation sous un angle unique de détention du patrimoine abordé précédemment oublie de mettre en exergue les qualités de la technique sociétaire pour la gestion économique accessoire à la gestion politique du patrimoine.

²³⁶ V. notamment : *L'investissement immobilier*. 93^e Congrès des notaires de France. Strasbourg 4/7 mai 1997.

²³⁷ 11% de performance globale. V. Le Monde Argent, 9-10 mars 2003.

²³⁸ Il faut noter de surcroît que les charges sont compensées par certains régimes fiscaux de faveur encourageant à l'investissement locatif (lois Perissol, Besson, de Robien, etc.). V. *infra* n° 770.

659- Les sociétés patrimoniales immobilières ont l'avantage de ne pas s'appuyer sur une société entrepreneuriale pour dégager de la valeur. Elles n'ont pas cette influence néfaste sur l'entreprise. La création de valeur dépend donc davantage de leurs choix d'acquisition et de gestion économique immobilière. Les revenus résultent pour partie de la location du patrimoine immobilier détenu par la société. La forme adoptée par ces sociétés patrimoniales immobilières n'est d'ailleurs pas forcément civile. L'activité de location d'immeuble peut être exercée sous la forme commerciale. Cette partition entre sociétés civiles et sociétés commerciales immobilières est en conséquence peu pertinente au regard de la fructification, qui en tout état de cause reste dépendante du marché immobilier.

660- Contrairement aux autres stratégies de fructification du patrimoine, l'enrichissement ne se fonde pas dans les mêmes proportions sur la plus-value susceptible d'être dégagée à la revente. Il n'y pas de spéculation immobilière à grande échelle. Le passage d'une propriété immobilière à mobilière importe peu au regard de la circulation des valeurs, car ce qui est recherché est davantage le rendement. Il est toutefois intéressant de distinguer entre les sociétés qui bénéficient de la possibilité de faire appel public à l'épargne²³⁹ (A) et les autres sociétés (B).

A – Les sociétés patrimoniales immobilières faisant appel public à l'épargne

661- Ces sociétés prennent actuellement, à la faveur d'un contexte favorable, une importance considérable sur les marchés. Des opérations de fusions ont même eu lieu récemment, créant ainsi des sociétés aux capacités gigantesques²⁴⁰. Deux types de sociétés sont généralement présentés²⁴¹.

²³⁹ Il convient de distinguer entre la notion de cotation et la notion d'appel public à l'épargne. La cotation présume l'appel public à l'épargne, mais l'inverse n'est pas vrai. Une société qui fait appel public à l'épargne n'est pas nécessairement cotée. La cotation procède d'un critère formel : l'admission à la cote sur un des marchés. En revanche, l'appel public est caractérisé par deux critères mentionnés à l'art. L 411-1 c. mon. qui sont alternatifs : soit l'admission aux négociations sur un marché réglementé, soit l'émission ou la cession d'instruments financiers dans le public en ayant recours à la publicité, au démarchage ou à des prestataires d'investissement et autres établissements de crédit. C'est sur ce dernier point que l'on distingue entre cotation et appel public.- V. sur ce point : GRANIER (T.) La notion d'appel à l'épargne publique. Rev. sociétés 1992, p. 687.

²⁴⁰ Les petites S.C.P.I. se regroupent à l'instar de l'opération menée par le Crédit Agricole qui a fusionné ses cinq Unipierre en une Edissimo. La société SOPARGEM a lancé une offre générale d'achat sur plusieurs S.C.P.I. de type « Méhaignerie », etc.

²⁴¹ V. *L'investissement immobilier*. 93^e Congrès des notaires de France. Strasbourg 4/7 mai 1997, n° 1576 et s.

Les sociétés foncières cotées représentent la forme la plus ancienne et la plus commerciale des sociétés immobilières faisant appel public à l'épargne. Elles ont connu des formes variées. Ainsi, les sociétés immobilières d'investissement²⁴² (ou SII) ont été créées en 1958 par les pouvoirs publics afin de promouvoir la construction d'immeubles locatifs par appel au financement de l'épargne privée. Elles ont été formalisées par la loi du 15 mars 1963 (art. 33)²⁴³. Elles se caractérisent non seulement par l'appel public à l'épargne qui leur est permis, mais encore par leur cotation en bourse qui peut être demandée. Dans ces circonstances, la fructification du patrimoine est assurée par une concentration de facteurs multiples : la sécurité de gestion (soumise à des règles strictes de protection de l'épargnant), la mutualisation des risques²⁴⁴, une parfaite liquidité du placement lorsque la société est cotée. Afin de soutenir l'immobilier d'entreprise, les SICOMI²⁴⁵ avaient également été créées par une ordonnance de 1967. Leur statut a toutefois été supprimé.

Les sociétés foncières prennent aujourd'hui la forme classique de sociétés anonymes qui gèrent leur patrimoine directement. L'objet immobilier de ces sociétés influe toutefois nettement sur leur gestion et même la valorisation des titres²⁴⁶.

Des reproches ont été formulés à l'encontre des sociétés foncières cotées. Trop spécialisé, le patrimoine apporté ne rencontrait pas le succès en bourse (même auprès des fonds de pension étrangers, caisses de retraite, etc.). De surcroît, ces sociétés provoquaient une certaine décote de la valeur vénale des immeubles²⁴⁷. Aujourd'hui, ces sociétés foncières se sont extrêmement développées, profitant de la désaffection du public pour l'investissement mobilier.

662- L'archétype de l'investissement « pierre-papier²⁴⁸ » reste toutefois principalement la société civile de placement immobilier²⁴⁹. Née de la pratique au cours des années 1964 et 1965, cette société a connu un essor remarquable dans les années soixante-dix, apparaissant

²⁴² Sociétés anonymes ayant pour objet exclusif l'exploitation d'immeubles locatifs situés en France et affectés à l'habitation pour les trois quarts de leur superficie.- v. Dict. perm. *Epargne et Produits financiers*, feuillet 62.

²⁴³ Loi n° 63-254 portant création des SII. J.O. 17 mars.

²⁴⁴ Constitués par la vacance des locaux ou le non paiement des loyers.

²⁴⁵ Sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie

²⁴⁶ V. en ce sens : *L'investissement immobilier*. 93^e Congrès des notaires de France. Strasbourg 4/7 mai 1997, n° 1587 et 1589.

²⁴⁷ LEDOIT (A.) *La fonction immobilière dans l'entreprise*. Economica, 1998, p. 158.

²⁴⁸ Selon l'expression de DREANO (M.), MATTEI (J.P.) et MEYSSAN (J.-P.) *L'investissement pierre-papier*. Bull. Joly 1997, p. 391 et s.

²⁴⁹ Dict. perm. *Epargne et produits financiers*, S.C.P.I., feuillet 65.- J.-Cl. Sociétés, fasc. 43 et 44.

alors comme un mode intéressant et sûr de placement de l'épargne²⁵⁰. La protection des porteurs de parts n'a été organisée qu'à partir de la loi du 31 décembre 1970 et du décret du 1^{er} juillet 1971²⁵¹. Différentes lois ont précisé leur régime, augmentant encore la protection des investisseurs²⁵². Les S.C.P.I. connaissent aujourd'hui un franc succès²⁵³. La réforme du marchés des parts de S.C.P.I. résultant de la loi n° 2001-602 du 9 juillet 2001²⁵⁴ et du règlement COB n° 2001-06 homologué par arrêté du 26 avril 2002²⁵⁵ en dynamise les perspectives juridiques et financières en facilitant la liquidité des parts²⁵⁶.

Les S.C.P.I. sont rattachées à la catégorie des O.P.C.V.M.²⁵⁷, mais à la différence des SICAV ou F.C.P., l'investissement fait dans une S.C.P.I. est nécessairement un placement à long terme.

Ce sont des sociétés d'investissements collectifs ayant pour objet l'acquisition et la gestion d'un patrimoine immobilier locatif grâce à l'émission de parts dans le public²⁵⁸. L'appel public à l'épargne subordonne la société aux critères stricts de la COB²⁵⁹ et constitue une garantie de protection et d'information pour l'investisseur.

Ainsi, avec un capital d'apport faible²⁶⁰, un placement immobilier peut être fait, tout en se déchargeant des soucis de gestion, et en limitant sa responsabilité à deux fois la fraction du capital possédé. L'intérêt réside notamment dans la diversification économique et

²⁵⁰ Sur les fondements de ce succès précoce des S.C.P.I., v. VIGNAL (Y.) *Intérêt et précarité des sociétés civiles de placement*. Thèse Paris I, 1988, p. 210 et s. pour le succès antérieur à l'intervention législative, et p. 354 et s. pour une vision plus nuancée des S.C.P.I.

²⁵¹ Loi n° 70-1300 du 31 décembre 1970 fixant le régime applicable à la société civile autorisée à faire publiquement appel à l'épargne et décret n° 71-524 du 1^{er} juillet 1971 relatif aux S.C.P.I. faisant appel public à l'épargne, codifié sous les art. L 214-50 à L 214-84 et L 732-7 C. mon. (V. aménagement par la loi n° 2001-602 du 9 juillet 2001).

²⁵² C'est le cas des lois des 4 janvier et 31 décembre 1993 et plus récemment de la loi du 2 juillet 1996. La loi du 4 juillet par exemple a été prise au moment où sévissait une crise immobilière grave. V. sur l'ensemble des évolutions législatives : PENICHON (C.) *Sociétés civiles de placement immobilier*. J.-Cl. Sociétés, fasc. 2220 et 2222.- Plus récemment, l'attention doit être portée sur un règlement COB n° 2001-06 homologué par arrêté du 26 avril 2002 (J.O. 24 mai 2002). Il supprime l'obligation d'établissement d'un prix de cession des parts reflétant la valeur de l'actif de la société et l'obligation d'animer le marché secondaire à ce seul prix. Un mécanisme d'échange de parts à prix unique est substitué. Le prix est déterminé par confrontation des ordres d'achat et de vente. Le but est de favoriser l'établissement de prix reflétant le marché. V. Dict. perm. Epargne et produits financiers. S.C.P.I., p. 907 et s.

²⁵³ Incomparable avec leur situation suite à la crise immobilière des années 90. MARTY (Y.) *S.C.P.I. : le poids des symboles*. Banque mai 2003, p. 11. « Il s'agit d'une véritable renaissance (...) de la fin d'un purgatoire ».

²⁵⁴ Loi dite d'orientation de la forêt, J.O. 11 juillet 2001, 11001. V. l'art. 9.

²⁵⁵ J.O. 4 mai 2002, 8305.

²⁵⁶ MORTIER (R.) *Le marché des parts de S.C.P.I. depuis la réforme de 2002*. Dr. et patrimoine, juin 2003, p. 29.

²⁵⁷ Art. L 214-1 C. mon.

²⁵⁸ Mémento Francis Lefebvre *Patrimoine*, n° 12150.

²⁵⁹ Elle devra procéder aux informations et publicités requises : une note d'information à l'attention du public et visée par la C.O.B., une notice publiée au BALO. La société de gestion devra être agréée par la C.O.B. et lui justifier de garanties bancaires destinées à rembourser les souscripteurs en cas de souscription insuffisante du public.

²⁶⁰ Ce qui permet un étalement dans le temps de l'investissement.

géographique du patrimoine immobilier. La gestion est confiée à une société spécialisée qui se charge d'acquérir et d'entretenir les immeubles, de percevoir les loyers, de rechercher de nouveaux locataires. L'objet social des S.C.P.I. est limité à l'acquisition et la gestion, mais elles peuvent procéder à des travaux d'amélioration, d'agrandissement et de reconstruction, voire acquérir des équipements, si ces travaux et acquisitions permettent de conserver ou améliorer la rentabilité locative, ou encore facilitent l'utilisation des immeubles.

La fructification du patrimoine se traduit généralement par un droit pour les associés aux bénéfices sociaux. La part de chaque associé est en principe proportionnelle à sa part dans le capital social. Les S.C.P.I. organisent un versement de revenus sous forme d'acomptes trimestriels qui assurent une rentrée d'argent régulière.

L'autre source de fructification du patrimoine est la plus-value possible suite à la cession des parts. L'organisation de la liquidité a évolué. Avant la réforme de 2002, elles étaient librement cessibles et un registre des offres et demandes de cession est organisé afin de favoriser les rencontres. Toutefois, la circulation des parts n'était pas facile en l'absence de marché organisé. Ceci était d'autant plus vrai dans un contexte de crise immobilière²⁶¹ qui provoque alors une forte dépréciation des parts. Ce fut le cas dans la première partie des années quatre-vingt-dix pour les S.C.P.I. Des remèdes ont été recherchés comme celui de créer et doter un fonds de remboursement des parts afin d'assurer la fluidité du marché. Le retour de la confiance n'est effectif que lorsqu'une fluidité normale sur le marché secondaire est constatée²⁶². Dans ce seul contexte, les parts retrouvent un niveau de valeur correct. Actuellement, les S.C.P.I. ont retrouvé des couleurs, précisément parce qu'elles ne subissent pas l'influence des marchés boursiers mondiaux. La réforme des marchés de S.C.P.I. a choisi, non pas un marché de gré à gré, mais un marché « intermédié » où un organisme est chargé de recevoir les mandats d'achat et de vente, de les centraliser, de les confronter, puis d'en dégager un cours, auquel auront lieu les échanges²⁶³. Ce sont les sociétés de gestion des S.C.P.I. qui ont obtenu ce rôle. La liquidité est accentuée encore par la forme de la cession. L'écrit n'est plus nécessaire. Le transfert de propriété est opposable aux tiers dès l'instant où l'inscription en compte est constatée²⁶⁴. Si la réforme rapproche les S.C.P.I. des sociétés cotées, certains caractères sont susceptibles de peser encore lourdement sur la fluidité de ces marchés particuliers. En particulier, le coût élevé de la cession des parts, le cloisonnement des

²⁶¹ La question de la liquidité des parts de S.C.P.I. a été très vite soulignée par la presse spécialisée. V. MARTY (G.) La liquidité des parts de S.C.P.I. est-elle bien assurée ? Investir n° 559, 8 octobre 1984.

²⁶² MARTY (G.) S.C.P.I. : le retour à la confiance. Banque mai 2000, p. 8.

²⁶³ MORTIER (R.) Le marché des parts de S.C.P.I. depuis la réforme de 2002. Dr. et patrimoine, juin 2003, p. 29 et s., et spécialement p. 31.

²⁶⁴ Art. L 214-59 I, al. 2 C. mon.

marchés qui fait obstacle à la transparence et les obligations telles que la conservation de l'immeuble pendant six ans par exemple, sont autant d'inconvénients qui limitent les potentialités des S.C.P.I.²⁶⁵

L'investissement immobilier retrouve néanmoins les faveurs du public.

663- En conclusion, les S.C.P.I. constituent une technique de fructification du patrimoine principalement par le biais de leur distribution de bénéfices. Leur performance dépend toutefois étroitement de la santé du marché immobilier. La plus-value n'étant pas la source principale d'enrichissement, la valorisation est moins spectaculaire en période de croissance. La performance pécuniaire pour l'épargnant est moindre. En revanche, c'est une valeur sûre de rendement²⁶⁶.

Ces sociétés patrimoniales immobilières²⁶⁷ tirent de leur taille une capacité de fructification certaine. La valorisation est liée au volume et à la diversification des investissements possibles. Elles présentent donc des résultats plus satisfaisants que les autres sociétés patrimoniales immobilières,

B – Les sociétés patrimoniales immobilières ne faisant pas appel public à l'épargne

664- Ces sociétés se caractérisent par leur petite taille et l'importance comparativement faible du patrimoine immobilier détenu. Il s'agit indifféremment de sociétés commerciales²⁶⁸ ou de sociétés civiles.

665- La fructification du patrimoine affecté à ce type de société tient à plusieurs facteurs.

En premier lieu, ces sociétés ont pour objet la location d'immeuble, laquelle procure à leurs associés des bénéfices réguliers.

En second lieu, ce genre de placement a surtout pour résultat de conférer à terme à l'associé un patrimoine immobilier qu'il n'a quasiment pas financé²⁶⁹. En effet, elle permet

²⁶⁵ V. MORTIER (R.) Art. préc., p. 35.

²⁶⁶ Dès lors que la crise immobilière ne fait pas rage.

²⁶⁷ Qu'elles soient cotées ou qu'elles fassent simplement appel public à l'épargne comme les S.C.P.I.

²⁶⁸ La forme commerciale est particulièrement conseillée lorsqu'il s'agit de locations meublées, pour des raisons essentiellement fiscales (v. *supra* n° 701 note de bas de page 102).

²⁶⁹ V. en ce sens à propos de l'immeuble d'entreprise : LEDOIT (A.) *Op. cit.*, notamment p. 87 ; « les dirigeants contrôlant le patrimoine des P.M.E. ont vu ici le moyen de se constituer un patrimoine (...) Cela dégage des

d'acquérir plus facilement du patrimoine, en rassemblant par exemple des capitaux pour l'investissement locatif ou l'acquisition de résidences de tourisme²⁷⁰. C'est donc un placement à long terme, puisque l'amortissement s'entend sur de nombreuses années. Les revenus locatifs servent principalement dans ces hypothèses à rembourser l'emprunt qui a été souscrit en vue de l'acquisition de l'immeuble. Le mécanisme de la fructification du patrimoine diffère totalement. Ce n'est ni la plus-value ni les revenus que la participation procure qui est la source de l'enrichissement. Les sociétés civiles immobilières présentent un *intuitus personae* relativement fort²⁷¹ et engagent la responsabilité de leurs associés de manière plus large. Aussi, la cessibilité des parts ne peut pas être facile. Le montage sociétaire, et non les parts, valorise le patrimoine. Il est pris dans sa globalité et s'inscrit dans la durée.

666- La société civile immobilière est le type le plus courant de sociétés servant à valoriser un patrimoine immobilier. Elles ont essentiellement pour objet la gestion et la location d'immeubles, dont elles sont propriétaires par apport, achat voire construction²⁷².

Plusieurs praticiens se sont appliqués à démontrer l'avantage de ce mode de gestion de l'immeuble. Sous le strict angle de la valorisation du patrimoine d'un individu, les gestionnaires citent souvent l'avantage d'individualiser l'immeuble par rapport à d'autres composants du patrimoine. En effet, l'immeuble isolé, l'opportunité de certaines opérations (travaux, constructions et autres) est mieux appréciée. De la même manière, le traitement des problèmes immobiliers est plus efficace, car il est pris conscience des coûts réels et la gestion est plus flexible²⁷³. Certains vont même jusqu'à parler de l'effet « dopant » de la S.C.I. pour le rendement de l'investissement locatif²⁷⁴. En réalité, il s'agit des atouts propres à toute structuration sociétaire. Ces avantages sont principalement malthusiens, mais insuffisamment rémunérateurs pour conduire à une fructification importante du patrimoine.

revenus qui perdureront à la retraite ... ». La société emprunte pour acquérir l'immeuble, elle le donne à bail, les loyers servent à rembourser l'emprunt. C'est un autofinancement.- De même, on a vu comment les mécanismes des comptes courants ou des répartitions des parts pouvaient avantager pécuniairement un associé (v. *supra* n° 372).

²⁷⁰ ANDRIER (T.) *Guide pratique des sociétés civiles immobilières*. Litec, 1997, p. 13 et s.

²⁷¹ Pour ces sociétés, le démarchage est illicite et entraîne la nullité de souscription de parts, opposable aux créanciers, même de bonne foi. V. pour un ex. Cass. com., 5 octobre 1999. R.T.D. com. 2000, p. 129, obs. MONSERIE-BON (M.-H.)

²⁷² V. en particulier : DEPARDIEU (I.) *Les sociétés civiles dans la gestion de son patrimoine*. SEFI, 1997, p. 39 et s.- ANDRIER (T.) *Op. cit.*- V. encore n° spécial de la Revue fiduciaire, octobre 1998, supplément au n° 797, p. 179 et s.

²⁷³ LEDOIT (A.) *Op. cit.*, p. 89.

²⁷⁴ D.F. La S.C.I. utilisée comme support de capitalisation de revenus locatifs. Dr. et patrimoine, juillet-août 1995, p. 19.

667- Une mention particulière doit être faite de certaines sociétés patrimoniales détenant des terres agricoles, forestières ou de pâturages, comme les Groupements Fonciers Agricoles, les Groupements Forestiers ou Groupements Pastoraux, auxquels sont venus s'adjoindre plus récemment les Groupements Fonciers Ruraux. Ces groupements sont constitués sous la forme de sociétés civiles à statut particulier²⁷⁵. Ils ont vocation, autant que la Société Civile d'Exploitation Agricole, à gérer des terres. Si ces parcelles ont toutes leur spécificité²⁷⁶, elles n'en constituent pas moins du patrimoine immobilier, qui, mis en société, est mieux géré et offre une possibilité de valorisation²⁷⁷. L'exemple le plus explicite est celui des terres agricoles. Lorsque le G.F.A. n'a pas pour objet de les exploiter personnellement, il les donne en location sous la forme d'un bail rural. En contrepartie de la contrainte liée à la durée du bail, le statut des baux ruraux ménage au bailleur des accroissements et la propriété des améliorations apportées, qui viennent s'ajouter aux revenus locatifs.

668- En réalité, les avantages quant à la croissance du patrimoine immobilier affecté à la société patrimoniale, ne tiennent pas tant aux performances en terme de fructification, qu'aux intérêts fiscaux qui viennent parfois s'y adjoindre²⁷⁸.

²⁷⁵ Leur désignation fait souvent oublier qu'il s'agit de sociétés.

²⁷⁶ Des pâturages de zone de montagne, aux bois et terrains à reboiser en passant par les terres agricoles bâties ou non.

²⁷⁷ V. notamment Dictionnaire permanent *Epargne et produits financiers*, feuillet n° 66 : Patrimoine rural.

²⁷⁸ V. *infra* titre 2.

Conclusion du chapitre

669- La technique sociétaire favorise la croissance du patrimoine. Elle permet notamment de faire fructifier le patrimoine existant. Cet objectif de développement du patrimoine n'est pas réalisable que dans des sociétés patrimoniales. Au contraire, les sociétés entrepreneuriales procurent un rendement intéressant pour le patrimoine, qu'il soit investi ou épargné, qu'il se fonde sur les dividendes ou la plus-value dégagés.

670- *L'intuitus patrimonii* se manifeste dans les sociétés tout autant patrimoniales qu'entrepreneuriales. Il est d'ailleurs parfois néfaste à l'égard de ces dernières. Les motivations de l'épargnant s'accordent peu avec la réalité du projet d'entreprise²⁷⁹. Les conflits d'intérêts sont néfastes à la fructification elle-même²⁸⁰. L'influence des actionnaires à la recherche de valorisation conduit à un gouvernement d'entreprise axé vers la rentabilité²⁸¹. Cette déconnexion est particulièrement accentuée par l'actionnariat indirect et la multiplication des intermédiaires entre le détenteur initial du patrimoine à faire fructifier et la source de fructification, c'est-à-dire la société entrepreneuriale²⁸². Certains de ces intermédiaires sont d'ailleurs des sociétés patrimoniales, ce qui tend à prouver que leurs finalités s'accordent parfois peu avec celles de la société entrepreneuriale²⁸³. Ce contexte

²⁷⁹ Et pourtant cette voie de fructification du patrimoine n'est pas nouvelle. Le roman d'Emile Zola, *L'argent*, était déjà inspiré de la faillite en 1882 de l'Union générale. V. SZRAMKIEWICZ (R.) *Histoire du droit des affaires. Op. cit.*, n° 792.

²⁸⁰ Il est impossible d'ignorer le poids pris par les actionnaires institutionnels (Fonds de pension, organismes de placements collectifs de valeurs mobilières, etc.) dans le processus de décision. Ils revendiquent un certain contrôle sur la politique de la société. Ce contrôle conduit à des décisions parfois contraire à l'intérêt de l'entreprise, mais favorable à la prise de valeur de leurs actions. (Par exemple : retard de certains investissements, diminution excessive du capital humain, etc.)

²⁸¹ C'est-à-dire la plus grande création de valeur.

²⁸² Si les sociétés patrimoniales constituent un tampon pour les risques pris par l'épargnant, elles n'atténuent pas du tout la demande d'enrichissement de l'actionnaire. Au contraire, leur poids peut être conséquent au sein des assemblées. Il est en réalité préférable pour une société entrepreneuriale d'avoir des actionnaires de type investisseurs, plutôt que des actionnaires épargnants qu'ils soient individuels ou collectifs.- V. à cet égard : DUMOULIN-MAUDUIT (L.) *Les organisations intermédiaires d'investisseurs. Contribution à l'étude d'une dimension collective du capitalisme en France*. Presses universitaires des facultés de Clermont-Ferrand, 2002. L'auteur axe sa démonstration sur les O.P.C.V.M. et les associations de défense des actionnaires, dont les statuts à l'égard de la société sont pourtant bien différents.- V. encore : Dossier INSEE, Economie et statistiques, n° 354, novembre 2002 : Placements des ménages en Europe : le rôle des intermédiaires financiers se transforme en profondeur (www.insee.fr).

²⁸³ Sur la problématique du droit de vote des fonds de pension, v. art. L 533-4 C. mon. modifié par la récente loi de sécurité financière. Rénait par ce texte, l'obligation faite aux sociétés de gestion de portefeuille d'exercer leur droit de vote, dans l'intérêt exclusif des actionnaires ou des porteurs de parts d'OPCVM, d'en rendre compte, et, à défaut, d'expliquer les motifs de leur abstention (v. à propos de la loi Thomas du 25 mars 1997 non appliquée : COURET (A.) Première traduction législative de la corporate governance : la loi sur les fonds de pension. D. 1997, chron., p. 241.- VALUET (J.-P.) Droit de vote en assemblées générales d'actionnaires : régime actuel et perspectives d'évolution. Dr. et patrimoine, novembre 1997, p. 28). Ce nouveau texte n'est toujours pas assorti de sanctions spécifiques. On peut s'interroger sur la signification réelle de cet oubli : le législateur pressentirait-il

donne naissance à de telles difficultés que la survie de l'entreprise est souvent en jeu, réduisant ainsi à néant tout espoir de fructification²⁸⁴.

671- Finalement, les sociétés patrimoniales immobilières assurent une fructification du patrimoine plus « saine ». En effet, elles s'appuient sur la rémunération procurée par la participation – les dividendes-, plutôt que sur la prise de valeur des parts ou actions²⁸⁵. Elles répondent véritablement²⁸⁶ au concept de *fructification*, puisqu'elles révèlent les qualités fructifères du patrimoine. Encore faut-il qu'elles se comportent elles-mêmes en investisseur et non en spéculateur, lorsqu'elles détiennent des participations de sociétés entrepreneuriales.

672- Ces modes de fructification patrimoniale prouvent que la société est une technique juridique de valorisation du patrimoine. Ses performances sont variables, car elles sont soumises à l'aléa du contexte économique (crise boursière²⁸⁷ ou crise immobilière). Au-delà du constat, il convient de s'inquiéter des conséquences de cet emploi. Le capitalisme patrimonial influe sur la pérennité des sociétés entrepreneuriales²⁸⁸. Ces dernières ne profitent plus comme auparavant de l'*intuitus patrimonii* que leur manifestent les épargnants. Au contraire elles le subissent²⁸⁹. La réflexion sur le gouvernement d'entreprise doit intégrer cette considération et mesurer les différents intérêts en cause²⁹⁰. Une amorce de réflexion est menée sur ce point. L'expression consacrée est *le développement durable*²⁹¹. Certains gestionnaires prennent conscience de la nécessité de conjuguer placement financier et responsabilité

les dangers d'un vote contraire à l'intérêt de l'entreprise, et ayant pour intérêt exclusif la prise de valeur des actions ?

²⁸⁴ Ainsi, le détenteur du patrimoine semble *tuer la poule aux œufs d'or*. Il détruit par avidité ou impatience la source d'un profit important. Le Petit Robert, v^o Poule, sens I-2.

²⁸⁵ Il n'y a d'ailleurs pas de pression possible à exercer sur les facteurs de valorisation de ces parts. Il est difficile de faire pression sur un immeuble...

²⁸⁶ Ainsi que lexicalement.

²⁸⁷ V. par exemple : Le monde, 21 septembre 2002.

²⁸⁸ Il y a un véritable combat entre les investisseurs à long terme et les spéculateurs à court terme. V. VIDAL (D.) Inquiétudes de marché et propositions juridiques d'un patron déchu (J.-M. Messier). Dr. sociétés février 2003, rep. 2, p. 3 et s. « Le jeu des *hedge funds* est déconnecté de la valeur de l'entreprise. »

²⁸⁹ SEJOURNE (B.) Conjoncture économique et comportement des épargnants. Dr. et patrimoine 2002, n° 107, p. 53.

²⁹⁰ BERGERAC (M.) BERNARD (A.) Fantaisie à deux voix D. 2000, chron., p. 315.

²⁹¹ L'ONU le définit comme celui « qui satisfait les besoins des générations actuelles sans compromettre ceux des générations futures ».

sociale²⁹². Cette thématique intègre l'idée de pérennité de l'entreprise, et en conséquence, la nécessité de réapprendre à être patient pour voir fructifier son patrimoine²⁹³.

En réalité, il faut que s'impose l'idée que la société entrepreneuriale n'est pas un lieu d'épargne mais d'investissement. A ce titre, la participation doit s'inscrire dans la durée et emporter acceptation d'une prise de risque. L'épargnant peut alors se reporter sur les sociétés patrimoniales qui accepteront de prendre le rôle d'investisseur.

²⁹² Par exemple, le Crédit Agricole développe le concept d'Investissement Socialement Responsable (I.S.R.) V. La lettre Sicav et Fcp. Juin 2003. Outre la préservation de l'environnement et le développement humain, il s'agit de mettre en œuvre une gestion économiquement durable. Il est remarquable que sous cet angle, le gestionnaire réapprend à se placer dans le long terme.

²⁹³ C'est d'ailleurs la leçon que tente de donner la Cour de cassation en refusant de reconnaître la responsabilité du dirigeant en cas de dévalorisation du titre social. Elle suggère que l'actionnaire est un investisseur à long terme, que différents paramètres entrent dans le calcul de la valeur d'une action, et que la seule dépréciation du patrimoine social n'est pas un critère. V. Cass. com. 1^{er} avril 1997. Bull. Joly 1997, p. 650, note BARBIERI (J.-F.)

Conclusion du titre 1

673- L'interaction du droit, de l'économie et de la gestion est inévitable. Aussi, la valeur d'une technique juridique ne s'apprécie pas eu égard à des critères économiques. La santé actuelle des marchés financiers est telle que la performance de la technique sociétaire en tant qu'outil de constitution et de fructification du patrimoine est faible. Il y a deux ans encore, l'affirmation aurait été totalement inverse. En dehors de cette conjoncture, la technique sociétaire est un facteur de croissance potentiel du patrimoine indéniable, car elle propose, précisément, l'intégration du patrimoine dans une dynamique qui dépasse le domaine juridique.

674- Dans l'ancien modèle de capitalisme dit fordiste, les profits réalisés par les sociétés servaient à autofinancer leurs investissements. Désormais, ils servent à provoquer une augmentation des cours²⁹⁴. Il s'agit de capitalisme patrimonial. Les cours attirent de nouveaux actionnaires et les nouveaux cadres talentueux qui trouvent des perspectives de rémunérations par le jeu de l'actionnariat salarié. Une possibilité de meilleure fructification de leur patrimoine pour les uns et de constitution de patrimoine pour les autres stimule l'emploi de la valeur sociétaire comme source d'enrichissement grâce au jeu des marchés.

675- Cette dérive patrimoniale du droit des sociétés doit être contenue, notamment lorsque la survie des sociétés entrepreneuriales est menacée. La solution réside peut-être précisément dans l'association des salariés - et notamment des salariés-dirigeants - au capital de la société. En évitant que la société entrepreneuriale soit la cible exclusive des épargnants, on lui ménage un capital plus à l'écoute de ses intérêts. L'association des salariés au capital permet tout à la fois une remise en cause du modèle de la firme managériale et un applanissement des conflits entre actionnaires et dirigeants nés du débat sur le gouvernement d'entreprise. Les conflits et comportements conceptualisés par la théorie de la propriété et la théorie de l'agence²⁹⁵ sont modifiés par cette nouvelle donne. Les formules de participation financière qui dépendent de la performance boursière sont efficaces au regard de la théorie

²⁹⁴ CLERC (D.) *Les trois piliers du capitalisme patrimonial*. *Alternatives économiques* septembre 2000, n° 184, p. 72.

²⁹⁵ V. DESBRIERES (P.) *Op. cit.* Chapitre 2. La théorie de l'agence repose notamment sur l'hypothèse selon laquelle les individus sont capables d'anticiper rationnellement et sans biais, l'incidence des relations d'agence sur la valeur future de leur patrimoine.

de l'agence lorsque le contexte économique s'y prête, si bien que par ce biais, l'esprit de partenariat entre les différents agents économiques de la société favorise la convergence de leurs intérêts, notamment pécuniaires²⁹⁶. L'actionnariat salarié a pour incidence d'orienter la masse salariale vers la recherche de la rentabilité de leur valeur sociétariaire²⁹⁷. Chez les actionnaires salariés, la même dérive que chez les actionnaires institutionnels peut être redoutée. Ainsi, au lieu de répartir le profit au moyen des salaires ou de l'investir pour l'entreprise, il serait plus intéressant de le répartir entre actionnaires, tous²⁹⁸ y trouvant une satisfaction puisque les salariés bénéficieraient de cette ouverture du capital social²⁹⁹. Le lien entre les salariés et la société entrepreneuriale est toutefois plus étroit³⁰⁰ et fait prendre conscience des véritables enjeux d'une distribution de bénéfice.

676- Cette vision très optimiste de l'utilisation de la technique sociétariaire³⁰¹ n'ignore pas les nombreuses difficultés restantes. En effet, les salariés, qui ne bénéficient pas d'une rémunération par le biais des actions, sont soumis aux aléas de la politique des salaires. Les axes directeurs sont variables, mais tendent tous vers une compression des coûts salariaux³⁰². Le capitalisme patrimonial accroît donc les inégalités³⁰³ en ce sens que celui qui ne dispose pas d'une compétence particulièrement appréciée pour la société³⁰⁴, ne se verra pas proposer

²⁹⁶ Mais à l'inverse, d'autres partenaires peuvent être floués par ce mode de gestion axé sur la performance boursière, car cette dernière n'est pas une bonne mesure de la performance de l'entreprise. Elle peut être le résultat d'une annonce de restructuration ou simplement d'une euphorie générale des marchés. V. DESBRIERES (P.) Les limites des stock-options. Art. préc.

²⁹⁷ En ce sens, les intérêts divergent entre les actionnaires et d'autres apporteurs de ressources comme les prêteurs, ce qui peut être néfaste pour l'entreprise. V. DESBRIERES (P.) Les limites des stock-options. Art. préc.

²⁹⁸ Actionnaires institutionnels comme actionnaires salariés...

²⁹⁹ Cette forme d'intéressement du salarié, loin de mettre en avant la notion d'entreprise, semble faire renaître au contraire l'idée d'association, et l'importance du contrat de société. Peut-on parler d'un renouveau du contrat de société ? Comp. CHAMPAUD (Cl.) Le contrat de société existe-t-il encore ? Art. préc., p. 131 et 132, et sa conclusion : « le contrat est le mode d'expression naturel des rapports juridiques dans une société où l'individu est au cœur des relations sociales. Chassez le naturel, il revient au galop ».

³⁰⁰ La promotion d'une nouvelle participation politique, qui serait corrélative à la participation financière, pourrait notamment aider à resserrer ces liens. Elle le ferait d'autant mieux qu'elle userait d'autres canaux que des valeurs sociétariaires pour s'installer dans le processus décisionnaire. La voie du contrôle, de la surveillance semble être l'outil le plus indiqué.

³⁰¹ Permettant de concilier les intérêts des salariés à la recherche de constitution de patrimoine, des actionnaires à la recherche de fructification, des entrepreneurs à la recherche d'une structuration, etc.

³⁰² V. les exemples récents que nous fournit l'actualité économique (www.lemonde.fr) : les restructurations du groupe Danone et la fermeture de certaines unités LU ont dopé les cours des valeurs représentatives des sociétés du groupe.

³⁰³ On assiste pour l'instant à l'émergence d'une société en sablier : la société s'enrichit, mais en même temps une partie de ses membres s'appauvrit avec la montée des formes d'emplois dégradées quand la politique sociale ne conduit pas à l'externalisation de l'emploi (intérim, anciens salariés à leur compte, etc.)

³⁰⁴ Sur le déclin de la condition ouvrière, v. BEAUD (S.) La condition ouvrière aujourd'hui. In *Regards sur l'actualité* n° 259, mars 2000, p. 27 et s. Parmi les causes de déstructuration du groupe ouvrier apparaissent notamment l'émergence des normes d'organisation du travail qui impliquent davantage la personnalité des salariés et la stagnation des salaires.

des actions, rémunération complémentaire, et stagnera avec un salaire modeste³⁰⁵. L'Etat prend conscience de ce travers et tente de le corriger par une politique fiscale incitant à l'élargissement de l'épargne salariale, c'est-à-dire des formes de rémunérations annexes pour les salariés.

677- Le capitalisme patrimonial a fait sortir l'économie mondiale de la crise, mais l'a fait retomber sous la dépendance des marchés³⁰⁶. Ces derniers sont porteurs de risques par leur fluctuation. Il convient sans doute de retrouver des facteurs de régulation du capitalisme patrimonial afin de l'humaniser³⁰⁷. Seule la norme juridique peut le faire. Elle agit en ce sens à deux niveaux. En rappelant le principe de responsabilité individuelle, elle incite d'abord à l'autorégulation des acteurs³⁰⁸. Elle tente ensuite d'intervenir au niveau des marchés afin d'aguerrir leur fonctionnement³⁰⁹. Une politique salariale attentive peut ainsi participer à ce rééquilibrage des marchés, tout en ne laissant aucun salarié en marge de ces systèmes de valorisation patrimoniale. Une autre voie de régulation est la politique fiscale.

³⁰⁵ La troisième révolution industrielle laisse donc apparaître de nouvelles élites, mais les inégalités se creusent. V. BAUER (M.) Des élites légitimes ? In *Problèmes politiques et sociaux*. N° 848 décembre 2000, La documentation française. P. 69 et s. Un nouveau type de cohésion sociale en résulte.

³⁰⁶ Le règne de l'économie de marché est corrélatif au déclin de l'Etat providence. V. sur ce point : REMICHE (B.) Droit économique, Marché et Intérêt général. In *Mélanges Farjat* préc., p. 253 et s.

³⁰⁷ V. également en ce sens, REMICHE (B.) Art. préc. : « Les juristes de droit économique ont un rôle essentiel qui est celui d'essayer de concevoir des structures et des mécanismes permettant au système économique qui se mondialise de réussir cette mondialisation dans le respect des peuples et des citoyens, de leur diversité et de celle de leurs valeurs afin que cette mondialisation, qui peut être porteuse de tant de progrès, ne soit pas la source de graves déchirements. »

³⁰⁸ En effet, la sanction *a posteriori* des comportements abusifs est importante. V. sur ce point l'éditorial de Michel KEMPINSKI, Non, le capitalisme n'est pas malade ; il s'adapte. In *Le journal des finances* n° 5981 juillet 2002, p. 3.- Elle ne saurait toutefois suffire lorsque les acteurs se trouvent jouer sur une scène déficiente, qu'il convient de renforcer.

³⁰⁹ En allant notamment dans le sens d'une cohérence internationale. Une réflexion commune est initiée. V. notamment le forum de stabilité financière (art. Pour renforcer les contrôles, les projets se multiplient dans le monde. *Le Monde* 21 septembre 2002).

TITRE 2

L'optimisation fiscale du patrimoine

678- Le terme « technique » s'applique particulièrement bien à la fiscalité¹. C'est une discipline reposant pourtant sur quelques grands principes. Malgré son évolution permanente², elle s'ancre dans la recherche de la justice sociale et l'efficacité³. Ainsi, « de longue date, les détenteurs de prérogatives de puissance publique tels les seigneurs dans le système féodal, ont trouvé intérêt à intervenir dans la vie économique, liant presque instinctivement faits économiques, fiscalité et ordre public »⁴. La fiscalité s'unit donc à la politique économique. La meilleure définition de l'impôt reste celle donnée par Gaston Jèze : « L'impôt est une prestation pécuniaire requise des particuliers par voie d'autorité, à titre définitif et sans contrepartie, dans le but d'assurer la couverture des charges publiques »⁵. L'impôt a des fonctions sociales et économiques⁶.

679- Le patrimoine est la cible directe de la fiscalité⁷. Il est constaté depuis plusieurs années une diminution du patrimoine des Français⁸. A l'appétit de consommation, l'évolution aléatoire des marchés boursiers et le poids des cotisations, s'ajoute « une pression fiscale

¹ Certains auteurs vont jusqu'à évoquer la « science fiscale ». V. LAMARQUE (J.) *Droit fiscal général* (fascicule 1.) Cours de droit, Litec, 1998.- V. encore la préface du Pr. Cozian dans l'ouvrage de GROSCLAUDE (J.) *La doctrine fiscale en France, 1987-1995*, Litec, 1999.- V. encore DELORME (G.) *De Rivoli à Bercy. Souvenirs d'un inspecteur des finances (1952-1998)* cité par GROSCLAUDE (J.) *Op. cit.*, n° 6012, p. 3 : M. Delorme « considère la fiscalité comme une science du droit fascinante » (p. 171.)- V. enfin : LAURE (M.) *La science fiscale : un carrefour de disciplines. In Savoir innover en droit. Hommage à Lucien Mehl*. La Documentation française, 1999, p. 27 et s.- Selon le Pr. Gaudemet, on s'élèverait « de la technique fiscale à la science fiscale » en s'interrogeant sur la nature de certaines dispositions par exemple (v. avant-propos de la thèse de BUISSON (J.) *Le surstis au paiement de l'impôt*. L.G.D.J., 1996).- V. plus généralement sur La science du droit, v. CARBONNIER (J.) *Droit civil. Introduction*. PUF, 1999, n° 22 et s.

² Les manipulations législatives, génératrices de l'instabilité des règles, semblent parfois la dévoyer de ces objectifs.

³ GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.) *Droit fiscal général*. Dalloz, 2001.

⁴ V. HILAIRE (J.) *Introduction historique au droit des affaires*. *Op. cit.*, n° 3.

⁵ MERCIER (J.-Y.) et PLAGNET (B.) *Les impôts en France. Traité de fiscalité*. Editions Francis Lefebvre, 2000, n° 1.

⁶ BRACHET (B.) *Le système fiscal français*. L.G.D.J., 1997, p. 18.

⁷ V. le colloque du C.S.N. du 13 mai 2003 : Réformer la fiscalité du patrimoine. *Revue Notaires, vie professionnelle*. Juillet-août 2003, n° 240, p. 11 et s.

⁸ V. CATALA (P.) Couple et Modernité : gestion et transmission du patrimoine. Art. préc., n° 3.- V. www.insee.fr : INSEE Première, n° 899, mai 2003, comptes financiers de la nation en 2002 : le taux d'endettement baisse pour les entreprises mais augmente pour les ménages.- Données sociales, 2002-2003. L'évolution des inégalités de patrimoine chez les salariés entre 1986 et 2000. la distribution du patrimoine parmi les ménages est fortement concentré ; en 2000, 10 % des ménages détiennent 44 % du patrimoine total. Cette concentration s'accroît.- En revanche le niveau de vie des ménages de 1970 à 1999 s'améliore (v. même dossier).

s'exerçant aussi bien entre vifs qu'à cause de mort»⁹. Le patrimoine peut donc souffrir d'érosion fiscale. En réalité, il contribue aux missions de l'État et constitue un outil d'action politique en réceptionnant les résultats de l'interventionnisme fiscal¹⁰. Pour le contribuable, la fiscalité a néanmoins une image négative¹¹. La sensibilité fiscale est prise en compte dans la construction de notre système. Elle se traduit notamment par un arbitrage entre fiscalité directe et indirecte. Un impôt efficace est un impôt accepté¹². Le sentiment¹³ à l'égard de l'impôt influe¹⁴ sur l'évasion¹⁵ et la fraude fiscale¹⁶. L'incivisme fiscal est dénoncé en même temps que l'individualisme social.

⁹ CATALA (P.) *Loc. cit.*

¹⁰ Certaines politiques de réduction des inégalités conduisent à un interventionnisme à caractère social. Ce dernier se caractérise par l'imposition des patrimoines. V. en ce sens ORSINI (G.) *L'interventionnisme fiscal*. PUF, 1995, p. 144 et s.

¹¹ Certains ouvrages traitant de la fiscalité traduisent d'ailleurs dans leur titre ce sentiment négatif. V. notamment : LA MARTINIÈRE (D. de) et alii. *L'impôt du diable. Le naufrage de la fiscalité française*. Calmann-Lévy, 1990.- Le terme « impôt » issu du verbe « imposer » traduit le poids de la contrainte, le caractère obligatoire. V. Le Petit Robert, v^o impôt et imposer.- V. encore : AGRON (L.) *Histoire du vocabulaire fiscal*. L.G.D.J., 2000. L'auteur évoque notamment l'usure morale du vocabulaire fiscal, due au poids de l'impôt perçu tant individuellement que collectivement : p. 197 et s.

¹² BRACHET (B.) *Le système fiscal français*. *Op. cit.*, p. 11. L'auteur rapporte que lorsque plus de 45 % du P.I.B. est consacré au financement de la fonction publique, deux effets pervers peuvent être avancés : L'État contrôle indirectement l'économie et la pression fiscale déclenche des mécanismes de résistance tels que l'évasion ou la fraude. Selon l'auteur, il est possible de conclure que la France a dépassé le seuil de tolérance, mais il faut veiller à regarder les particularismes français que constitue la protection sociale par ex. et qui se situent en contrepartie.- Le professeur Cozian note également que le total des prélèvements obligatoires représente en France près de 46 % du produit intérieur brut, si bien que « en gros, le Français moyen travaille la moitié de la semaine pour payer ses impôts et cotisations sociales, l'autre moitié pour financer ses besoins personnels. » Entretien avec COZIAN (M.) Une certaine idée de la fiscalité. La revue de fiscalité notariale. Avril 2002, n^o 1, Entretien n^o 1, p. 13.

¹³ V. AGRON (L.) *Op. cit.*, qui parle de « fuite », p. 246 et s.

¹⁴ V. en ce sens : BRACHET (B.) *Op. cit.* p. 13 et s.- BRARD (J.-P.) La lutte contre la fraude et l'évasion fiscales. Retrouver l'égalité devant l'impôt. Rapport d'information Assemblée nationale. 1999, n^o 1802.

¹⁵ ROBBEZ-MASSON (C.) *La notion d'évasion fiscale en droit interne français*. L.G.D.J., 1990. L'évasion fiscale traduit la résistance devant l'impôt. L'auteur tente de cerner cette notion ambiguë entre le choix fiscal *intra legem* et la fraude fiscale *contra legem*. L'évasion consiste en un choix fiscal extralégal. Cette définition contribue à légitimer la démarche d'évasion fiscale et l'oppose à la fraude fiscale. Elle n'est qu'une fuite devant l'impôt.

¹⁶ La fraude fiscale se rapproche de la fraude pénale, ainsi que le traduit la comparaison de leurs modes de répression. Elle s'écarte donc peu à peu de la simple méconnaissance des règles pour devenir une véritable infraction. Le droit fiscal conduit à porter une appréciation sur des faits. C'est une démarche proche du droit pénal. D'autres terminologies sont communes comme l'escroquerie. Certains magistrats considèrent qu'ils devraient seuls appliquer les sanctions de la fraude. Le Procureur de la République ne devrait pas être lié par ce que l'administration fiscale a fait (il n'a pas l'initiative de déclenchement de l'action publique). Le droit fiscal poursuit l'objectif de faire rentrer des recettes fiscales. Sa préoccupation pénale n'est pas première. Cet état de la sanction de la fraude est révélateur de l'importance relative qui lui est accordée en France : elle ne trouble pas l'ordre public.- V. PLAGNET (B.) La répression de la fraude fiscale. B.F.F.L. 1995, n^o 3, p. 155.- JEANDIDIER (W.) *Droit pénal des affaires*. Dalloz, 1996, n^o 152 et s.

680- Face à cette sociologie fiscale, l'optimisation fiscale¹⁷ n'est pas une idée surprenante¹⁸. Elle consiste à contenir l'impôt afin de préserver le volume du patrimoine. Elle n'est, d'ailleurs, pas seulement recherchée par le contribuable. Elle est également stimulée par des mesures incitatives à la défiscalisation¹⁹. L'habileté fiscale est légitimée dès lors que la règle fiscale se trouve au service de la politique de l'Etat²⁰. L'impôt s'associe à une logique de « normalisation du comportement du contribuable »²¹.

Dès lors, les limites à l'optimisation fiscale *stricto sensu* n'existent pas. Il est même possible de se demander si les risques de certaines défiscalisations ne sont pas plus juridiques que fiscaux²². L'administration ne peut intervenir que si l'optimisation dépasse le cadre légal et se mute en fraude fiscale²³. Les notions d'abus de droit²⁴ et surtout d'acte anormal de

¹⁷ L'idée sert de titre à certains ouvrages de gestion du patrimoine. V. BRUNEAU (P.) et CHOUVELON (P.) *Ingénierie fiscale du patrimoine. Guide d'optimisation fiscale*. E.F.E., 2001.- Les auteurs affectionnent particulièrement cette expression, qui s'utilise en matière financière et juridique. V. par exemple : CUTAJAR-RIVIERE (C.) *La société-écran*. Thèse préc. n° 32, p. 16.- L'optimisation fait référence à un vocabulaire stratégique, et donc dynamique. L'optimisation répond à l'identification d'un besoin non satisfait. Elle consiste donc en des solutions. C'est une expression qui s'accorde bien à l'utilitarisme juridique.- D'autres auteurs utilisent parfois l'expression « planification patrimoniale ». Ils la définissent comme « l'art de tirer profit des règles de droit privé et de droit fiscal, plutôt que de les subir », v. MIHAIL (Ph.) *Gestion de patrimoine. Les instruments de la planification patrimoniale et fiscale en France et à l'étranger*. Maxima, 2003, p. 13. Cette expression porte le mérite d'inscrire une stratégie fiscale dans le temps.

¹⁸ L'angle fiscal est privilégié et il est au cœur de la préoccupation des ouvrages consacrés à la gestion de patrimoine V. notamment la conclusion de l'ouvrage DEPONDY (A.) *Les techniques de gestion de patrimoine*. *Op. cit.*, p. 367 et s.

¹⁹ Elles se succèdent d'ailleurs aussi rapidement que les lois de finances.

²⁰ L'habileté fiscale ne consiste pas à se soustraire à l'impôt. Selon l'expression du Professeur Cozian, il ne s'agit pas de frauder, mais « d'avoir la paix fiscale (principe de régularité) et de bénéficier de la fiscalité la plus favorable (principe d'optimisation) ». V. Entretien avec COZIAN (M.) *Une certaine idée de la fiscalité*. Art. préc., p. 12.

²¹ L'expression est de BIENVENU (J.-J.) et LAMBERT (Th.) *Droit fiscal*. PUF, 1997, n° 149.- Mais il pratique de toute évidence la douche écossaise alternant entre la pression fiscale et les incitations fiscales.

²² JOINVILLE (A.) *Les structures juridiques des opérations de défiscalisation*. Dr et patrimoine, mai 1995, p. 30. Certaines opérations devront respecter les règles de l'appel public à l'épargne sous peine de sanctions, d'autres mettant en présence des S.N.C. supposeront une responsabilité solidaire des associés. Ce sont autant de sanctions juridiques qui s'ajoutent au risque de qualification d'abus de droit fiscal.

²³ Face à deux solutions économiquement identiques, rien n'oblige le contribuable à choisir celle qui lui est fiscalement défavorable ! Conseil d'Etat, 20 mars 1989. R.J.F. 1985, n° 5, comm. n° 548.

²⁴ L'abus de droit fiscal est défini par l'art. 64 L.P.F. et par l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 juin 1981 (v. par ex. R.J.F. 1981, n° 9, comm. n° 787). C'est une sanction spécifique, qui se distingue de la fraude. Par exemple, une fausse facture est frauduleuse, mais n'est pas un abus de droit. En la matière, le droit fiscal bénéficie d'une certaine autonomie. Les sanctions sont plus ou moins lourdes, en fonction de la qualification des faits, de la bonne ou mauvaise foi du contribuable. Elles consistent en majorations de l'impôt jusqu'à 80 %. L'administration dispose, en outre, de la possibilité de déposer une plainte pour obtenir une sanction pénale du comportement du contribuable.- V. COZIAN (M.) *La notion d'abus de droit*. In *Les grands principes...* *Op. cit.*, p. 17 et s.- CHAPPERT (A.) *L'abus de droit en matière fiscale*. Defrénois 1994, art. 35915, p. 1201.- *L'abus de droit en fiscalité*. Université de Paris Dauphine. Institut de droit économique, fiscal et social. Colloque du 16 mai 2002. Rev. sociétés 2002, p. 455 et s.- En outre, il ne faut pas omettre la responsabilité professionnelle éventuelle du gestionnaire fiscal de patrimoine qui aurait préconisé des montages douteux. V. sur ce point HOVASSE (H.) *La responsabilité du conseil de gestion de patrimoine et le droit fiscal*. Dr. et Patrimoine 2000, n° 78, p. 34 et s.- Egalement : BERNARD de SAINT AFFRIQUE (J.) *La responsabilité professionnelle du gestionnaire de patrimoine au regard de l'abus de droit*. Defrénois 1998, art. 36825, p. 769.- PRIEUR (J.) *La responsabilité du conseil en gestion de patrimoine*. J.C.P. éd. N. 1995, 3515.

gestion²⁵ permettent de fixer les limites²⁶. La défiscalisation a donc des frontières²⁷ évidemment fragiles. Il existe des montages sociétaires à haut risque²⁸, mais également des créations de société à « risque fiscal contrôlé »²⁹.

681- Le patrimoine risque une diminution automatique de son volume du fait de l'impôt. L'optimisation fiscale tente de lui préserver une marge de croissance. Les techniques légales employées sont tantôt initiées par le législateur, tantôt imaginées par les praticiens³⁰. La place de la technique sociétaire³¹ est toutefois modeste. Elle n'est qu'un des outils de la gestion fiscale d'un patrimoine³². Elle participe néanmoins à la valorisation du patrimoine. Elle augmente, en effet, les possibilités d'accumulation du patrimoine en allégeant la fiscalité.

682- La société agit à différents niveaux de la détermination de l'impôt. Elle est susceptible d'en minorer l'assiette. Cette dernière peut, en effet, revêtir trois réalités : une réalité physique (de la matière), une réalité économique (un chiffre d'affaire) ou une réalité juridique (une propriété). Dès cette étape, la société, en tant que fiction, peut affecter la

²⁵ V. BUR (Chr.) *L'acte anormal de gestion ou le premier risque fiscal pour l'entreprise*. E.F.E., 1999.- COZIAN (M.) *La théorie de l'acte anormal de gestion*. Defrénois 1994, art. 35829.- FOUQUET (O.) *La distinction entre acte anormal de gestion et abus de droit*. Conclusion concernant Conseil d'Etat, 3 juin 1992. Dr. fiscal 1992, n° 46, comm. 2151.- ROBBEZ-MASSON (Ch.) *La notion d'évasion fiscale en droit interne français*. L.G.D.J., 1990, n° 379 et s.

²⁶ V. DOUCINAUD (S.) *Les principales limites fiscales à la liberté de gestion des entreprises*. Thèse Amiens, 1995 (v. le résumé de cette thèse : l'auteur s'appuie sur les deux notions pour construire son étude.)

²⁷ DIENER (P.) *Réalités et mirages de la défiscalisation*. Dr. et patrimoine 1993, p. 55.- *La défiscalisation par entreprises fictives*. D. 1992, chron., p. 281.

²⁸ C'est le cas notamment concernant la S.C.I. de détention de l'habitation principale (v. *infra* n° 769).- Egalement s'agissant de la technique sociétaire en général : COZIAN (M.) Art. préc., n° 17 à 22.

²⁹ V. FERNOUX (P.) *Op. cit.*, n° 67.

³⁰ Les praticiens imaginent des montages de défiscalisation. Toute la difficulté réside dans l'appréciation juste du montage qui doit rester du domaine de l'habileté et non de la fraude fiscale. Ces montages sont sous haute surveillance. En particulier, la délocalisation du patrimoine donne lieu à une surveillance accrue car sa maîtrise est rendue difficile par la mondialisation. Contrairement au domaine privé dans lequel l'ingénierie sociétaire ne peut heurter que des droits particuliers, il s'agit ici de conserver un certain niveau de recettes fiscales nécessaires au budget de l'Etat. Les agents de l'administration fiscale sont donc à l'affût de tout ce qui pourrait minorer indûment l'impôt et contrevenir à l'intérêt général. A cet égard, le fonctionnaire des impôts applique les règles fiscales sans disposer d'un pouvoir d'appréciation sur le caractère excessif de la minoration opérée. Seul le législateur peut donc intégrer des zones d'appréciation. La technique sociétaire, déjà suspecte en matière civile en raison de sa personnalité morale, est bien entendu surveillée car elle est effectivement susceptible d'affecter le volume des rentrées fiscales.

³¹ V. COZIAN (M.) *Contribuables de tous états : mettez vous en société. De l'art et la manière de mieux gérer son entreprise ou son patrimoine*. R.F. compt. 1992, n° 238, p. 61 et s.

³² En effet, le législateur utilise des mesures incitatives dans le cadre de l'interventionnisme fiscal, qui offrent au contribuable des opportunités d'optimisation fiscale. On peut citer par exemple la réduction d'impôt pour emploi à domicile, laquelle a fait l'objet d'une revalorisation à l'occasion du vote de la loi de finances pour 2003. La mesure a l'ambition de favoriser le secteur des services aux ménages. Elle vise à encourager l'embauche de salariés pour la garde d'enfants, ainsi qu'à favoriser le maintien à domicile de personnes âgées ou handicapées (sur ce dernier point, son impact devrait être facile à mesurer à l'aune des événements de l'été....) V. Présentation générale du projet de loi de finances pour 2003.

réalité, notamment juridique. La société est un mode de détention du patrimoine qui diffère de la propriété pour instaurer un pouvoir³³. Elle transforme le bien soumis à imposition. Lorsqu'une personne apporte son patrimoine à une société elle reçoit en contrepartie des valeurs sociétaires. L'assiette imposable voit ses composants se modifier³⁴. Le droit fiscal s'efforce toutefois à cet égard de tendre vers la plus grande neutralité.

La technique sociétaire influe également sur la détermination du contribuable. Ce dernier revêt une importance différente selon les impôts. L'impôt réel est celui qui atteint le patrimoine sans prise en compte de son détenteur. L'impôt personnel, au contraire, prend en compte le statut du contribuable. Dans certains cas, il diffère selon que le titulaire du patrimoine est une personne physique ou une société. Deux situations s'affrontent. La transparence fiscale fait abstraction de la fiction juridique. Mais s'il est tenu compte de la personnalité morale, le danger de la double imposition se profile et le droit fiscal doit traiter cette difficulté.

Les impôts étant multiples³⁵, la technique sociétaire peut répondre différemment à l'optimisation de l'un sans avoir de conséquence sur l'autre. Un même outil peut servir un ou plusieurs intérêts fiscaux³⁶. Il convient néanmoins de remarquer que la société est sans incidence sur la T.V.A.³⁷, qui est un impôt neutre. L'entreprise, quelle que soit sa forme, au même titre que tout agent économique, est assujettie à la T.V.A.³⁸

683- La société est une technique d'optimisation fiscale concernant, d'une part, les nouveaux biens intégrant le patrimoine. Elle ménage alors une paix fiscale aux revenus du patrimoine (chapitre 1). Elle concerne, d'autre part, l'état du patrimoine lui-même. Que ses

³³ V. *supra* n° 257 et s.

³⁴ L'immeuble est remplacé par des parts de S.C.I par exemple.

³⁵ Les services fiscaux ont coutume de dire qu'il existe autant d'impôts différents en France que de rivières. Ces rivières font un grand fleuve : en 2001, la recette fiscale atteignait 141 510 millions d'euros (Direction générale des impôts, rapport annuel de performances 2001).

³⁶ V. par exemple les intérêts fiscaux multiples de la S.C.I. : sur la fiscalité des revenus fonciers, sur les droits de mutation à titre gratuit et à titre onéreux. V. JACQUET (Me.) Pour une judicieuse utilisation fiscale de la société civile. Gaz. Pal. 1991, doct., p. 179.- DELFOSSE (A.) Société civile immobilière et stratégies fiscales. Dr. sociétés, mai 1994, p. 1. Ces articles doivent toutefois être nuancés au regard de l'évolution de la législation fiscale intervenue depuis 1994, et en particulier, l'évolution des droits de mutation à titre onéreux. *Adde* : DE MAINTENANT (L.) Immeubles ou parts de sociétés immobilières : que faut-il préférer depuis la réforme des droits de mutation ? Dr. et patrimoine 1999, n° 72, p. 42 et s.

³⁷ La taxe sur la valeur ajoutée est un impôt sur la dépense. C'est un impôt perçu à chaque étape successive de production, à l'occasion de la revente du produit par le fournisseur à son client. V. GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.) Droit fiscal général. Dalloz, 2001, n° 349 et s.

³⁸ V. DEBOISSY (F.) et WICKER (G.) La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux. R.T.D. civ. 2000, p. 225 et s., spécialement n° 36, p. 247, et note de bas de page 148 et n° 41, p. 250.- Ceci explique qu'elle n'apparaisse quasiment pas dans les développements qui suivent. V. toutefois *infra* n° 703.

composants évoluent ou non, la société est une technique de gestion de l'impôt affectant les valeurs du patrimoine. Elle permet de réaliser des économies fiscales (chapitre 2).

CHAPITRE 1

La paix fiscale pour les revenus du patrimoine

684- Le patrimoine s'accroît grâce à des ressources dont l'origine est variable. Pour la majorité des Français, sa constitution provient du produit de leur travail. Pour d'autres, déjà détenteurs d'un patrimoine constitué, c'est le capital épargné qui est productif et qui l'enrichit de manière exponentielle.

Le législateur souhaite privilégier les revenus professionnels par rapport aux revenus des capitaux³⁹. Il traduit cette intention en imposant moins lourdement les produits d'activité⁴⁰. Il doit toutefois concilier ses intentions politiques avec les circonstances économiques⁴¹, si bien que l'imposition des revenus du travail reste relativement lourde eu égard aux projets⁴².

685- La technique sociétaire est d'une efficacité relative quant à la minoration de l'impôt affectant les ressources du patrimoine. La transparence fiscale appliquée par le législateur explique ce constat. Le dispositif légal permet seulement d'atténuer les modalités de l'impôt et de tendre ainsi vers une sorte de « paix fiscale ». S'agissant des revenus d'entreprise par exemple, le droit fiscal admet une certaine liberté de gestion dans l'intérêt de la seule entreprise. L'acte anormal de gestion vient poser les limites de cette bienveillance fiscale⁴³. La liberté de gestion s'étend, dans une certaine mesure, à la gestion de l'impôt.

La tolérance fiscale accordée, d'abord, aux produits d'activité (section 1) laisse l'ingénierie sociétaire légèrement en retrait. L'imagination des conseils en fiscalité retrouve quelque vigueur s'agissant, ensuite, de minorer l'impôt sur les produits du patrimoine (section 2).

³⁹ La différenciation est inspirée du Code civil qui distingue entre les fruits issus du travail et les fruits issus du capital. V. Art. 547 et 582 C. civ. qui distinguent les fruits industriels des fruits civils.

⁴⁰ V. sur ce point : ALLAIS (M.) *Pour la réforme de la fiscalité*. Clément Juglar, 1990.- Il est remarquable également que cet arbitrage d'impôt permet de ne pas brider le développement des activités.

⁴¹ Il s'agit en particulier de ne pas laisser l'épargne et l'investissement fuir le pays pour des raisons fiscales.

⁴² Dans une certaine mesure, la C.S.G. et les prélèvements sociaux sont parvenus à rétablir un certain équilibre favorable aux revenus et non au capital. V. Dict. perm. Fiscal, fasc. C.S.G. et C.R.D.S.

⁴³ La jurisprudence a délimité la sphère de l'acte anormal de gestion. Ainsi, il est commis un tel acte chaque fois que l'entreprise doit supporter une dépense exagérée, qu'un abandon de créance lui est consenti sans motif commercial ou qu'elle doit supporter des dépenses personnelles de ses acteurs.

SECTION 1

L'optimisation fiscale des produits d'activité

686- Le patrimoine a des sources d'alimentation extérieures. Sa marge de croissance est toutefois diminuée par l'impôt qui affecte ces revenus externes, essentiellement professionnels⁴⁴. Parmi les revenus du travail, le législateur fiscal fait un cas particulier du travailleur en état de subordination⁴⁵. Cette notion est toutefois appréciée par l'administration et la jurisprudence de manière extensive⁴⁶. Les textes, quant à eux, réalisent d'importants aménagements, voire des dérogations⁴⁷. Ainsi, la catégorie des « traitements et salaires » représente plus des trois quarts des personnes soumises à l'I.R.P.P.⁴⁸ L'avantage⁴⁹ de cette qualification tient aux conditions de fixation, non seulement du revenu imposable⁵⁰, mais encore de l'impôt, combinant déductions, barème progressif et réductions⁵¹. Ces faveurs se

⁴⁴ Le patrimoine a, en effet, d'autres ressources, constitutives d'aides qui sont multiples en France : du R.M.I. aux allocations familiales, des subventions à la rénovation d'habitat rural à l'aide au logement, etc. V. pour une vision assez cynique de ce dispositif, l'opinion toute personnelle de Ted STANGER (Ancien directeur des bureaux de *Newsweek* à Paris.) Sacrés Français ! Un Américain nous regarde. Michalon, 2003, p. 109 et s.

⁴⁵ Il émerge donc une catégorie « de traitements, salaires, pensions et rentes viagères » (art. 79 C.G.I.) qui vise à favoriser les personnes en état de « dépendance » qu'elles soient âgées, invalides ou ... salariées. Le point commun de ces différents revenus réside dans la volonté fiscale de leur octroyer une faveur. Le but est de compenser la situation supposée moins confortable de subordonné ou de travailleur en situation précaire. Entrent ainsi dans cette catégorie toutes sommes payées en exécution d'un contrat de travail ou de louage de services, les traitements des fonctionnaires et agents publics.

⁴⁶ Il est notamment tenu compte des conditions d'exercice de la profession, lorsque celle-ci nécessite une certaine indépendance. Ainsi les représentants de commerce, même les V.R.P. libres de toute subordination, sont considérés comme subordonnés. De même s'agissant d'une bourse octroyée par un organisme en contrepartie de l'exécution d'un travail ou d'études particulières (CAA PARIS, 9 avril 1996. Dr. fiscal 1996, n° 805.)

⁴⁷ Pour les artisans pêcheurs, les travailleurs à domicile par exemple, ou encore les parlementaires et élus locaux.- On peut même se demander dans quelle mesure le critère de subordination reste pertinent pour qualifier ces revenus. V. les art. 80 et s. C.G.I.

⁴⁸ V. GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.) *Op. cit.*

⁴⁹ Le droit fiscal a une bonne raison pour édicter un régime favorable à ces travailleurs : compte tenu des déclarations obligatoires pour l'émetteur du salaire, peu de fraudes sont possibles (à l'exception du travail au noir et des pourboires), si bien que les taux effectifs d'imposition diminuent n'ayant pas à tenir compte de l'évasion fiscale possible.

⁵⁰ La détermination du revenu brut paraît de prime abord très large. En effet, non seulement le salaire, mais également toutes les primes, indemnités et allocations sont à intégrer. Il faut y ajouter en outre les avantages en nature qui peuvent être importants s'agissant de la mise à disposition d'un logement ou d'une voiture par exemple. Toutefois, certaines exonérations existent. On pense immédiatement aux prestations d'aide à la famille (art. 81 C.G.I.), ou aux indemnités pour perte d'emploi qui sont l'objet de vives discussions (DUFLOUX (Cl.) Validité d'une sanction et fiscalité des indemnités de licenciement. D. 2000, chron., p. 585).

⁵¹ V. art. 82 et 83 C.G.I. On peut opérer tout d'abord la déduction de charges sociales (cotisations au régime de sécurité sociale, au régime de retraite à l'exclusion des primes versées à des mutuelles, compagnies d'assurance, organismes de retraite et de prévoyance pour obtenir des prestations complémentaires.) On peut encore déduire des frais professionnels (v. pour une définition : GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.) *Op. cit.*, p. 77, n° 91.) Le contribuable peut opter pour une déduction forfaitaire qui correspond à 10 % du montant du revenu

veulent spécifiques aux revenus du travail, « forme d'amortissement du capital humain »⁵². S'agissant des salariés, aucun allègement de l'imposition de leurs revenus professionnels ne semble donc possible par la technique sociétaire.

687- La plupart des activités indépendantes⁵³ sont assujetties à un autre régime⁵⁴. Ce traitement fiscal différent s'explique parce que l'administration fiscale y voit, outre le fruit du travail personnel de l'entrepreneur, la plus-value réalisée sur le travail d'autrui⁵⁵ et le rendement du capital investi⁵⁶. Il se trouve que ces professions peuvent être exercées de manière individuelle ou sous la forme sociétaire. Il est alors possible de s'interroger sur l'impact d'une telle organisation. Si elle était, par exemple, un critère d'assujettissement systématique à l'impôt sur les sociétés, l'étude serait facilitée par une simple comparaison entre les taux respectifs de l'I.S. et de l'I.R.P.P.⁵⁷ En réalité, les critères d'assujettissement à l'un ou l'autre des impôts sont plus complexes, si bien que de nombreuses sociétés sont soumises à l'I.R.P.P.⁵⁸

688- De l'analyse des régimes applicables aux sociétés, il semble que l'I.R.P.P. offre peu d'intérêts fiscaux. Au contraire, l'I.S. présente des avantages indéniables en terme de souplesse et de gestion de l'impôt. L'objectif de neutralité fiscale face aux deux impôts n'est donc pas vraiment atteint. Pourtant, il ne s'agit pas d'un principe obsolète⁵⁹, négligé par le législateur. Il est surtout bousculé par l'interventionnisme que suggère toute politique

obtenu après déduction des charges sociales ou déduire ses frais réels. Il est possible ensuite de pratiquer un abattement de 20 % (plafonné pour les plus hauts revenus) sur le revenu net obtenu. Cet abattement est considéré comme une forme de compensation à l'absence de fraude. Au résultat obtenu, est appliqué le barème progressif, puis des réductions d'impôt sont encore possibles.

⁵² GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.) *Op. cit.*, p. 79, n° 102.

⁵³ Telles que celles exercées par les commerçants, les professionnels libéraux ou les agriculteurs.

⁵⁴ Les professions indépendantes sont exclues du système de faveur accordé aux salariés sauf lorsqu'elles sont adhérentes à un centre de gestion agréé, auquel cas, elles bénéficient d'abattements similaires.

⁵⁵ Ses collaborateurs par exemple.

⁵⁶ V. en ce sens, GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.) *Op. cit.*, p. 82, n° 105.- Certains auteurs les qualifient même de revenus mixtes, s'intercalant entre les revenus du travail et les revenus du capital : v. BRACHET (B.) *Op. cit.*, p. 87 s'agissant des B.I.C.

⁵⁷ Le taux marginal de l'I.R.P.P. est de 49,58 %. La loi de finances pour 2003 a baissé, pour la première fois depuis la création de l'impôt sur le revenu sous sa forme actuelle en 1959, le taux marginal supérieur sous le seuil de 50 %.) Le taux de l'I.S. est fixé à 33,3 %. Une conclusion hâtive pourrait être facilement tirée.

⁵⁸ En outre, ce dernier n'est pas aussi pesant que ce que son taux marginal laisse supposer. La recherche de l'équité a conduit à l'adoption de barèmes progressifs imposant plus lourdement les personnes bénéficiant d'importantes ressources que celles bénéficiant de ressources modestes. Pour certaines sociétés, l'assujettissement à l'I.R.P.P. peut être préférable.

⁵⁹ SERLOOTEN (P.) *La neutralité fiscale. Un principe obsolète ?* In *Mélanges dédiés à Louis Boyer*. Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p 701 et s.

fiscale⁶⁰. La neutralité consistait, jusqu'alors, à éviter que le contribuable n'effectue des arbitrages entre impôts. Elle allait à l'encontre de toute idée d'optimisation fiscale. Pour réussir à l'accorder avec l'interventionnisme fiscal, il convient d'en réformer le sens. Plus précisément, la neutralité doit consister en la suppression des distorsions fiscales qui influencent les contribuables de manière désordonnée, c'est-à-dire avec des desseins étrangers à la politique fiscale⁶¹.

En matière de société, le législateur a cherché à atteindre une neutralité concernant le choix de la structure d'une entreprise. De fait, aucune distorsion fiscale *quantitative* ne naît de l'adoption de l'un ou l'autre des régimes. La neutralité *qualitative* n'est toutefois pas atteinte. En effet, la forme sociétaire paraît sans conséquence en cas d'appréhension des revenus par l'I.R.P.P. (paragraphe 1). Au contraire, l'adoption de la forme d'une société soumise à I.S. ou l'option pour l'I.S.⁶² confère une souplesse de gestion indéniable tout en attribuant à la société le statut de contribuable⁶³, ce qui est dénié aux sociétés transparentes.

Paragraphe 1 - L'indifférence de la forme sociétaire en cas d'appréhension des revenus par l'I.R.P.P.

689- Contrairement à ce que sa dénomination annonce, l'I.R.P.P. peut concerner des personnes morales, et notamment des sociétés. Les conditions d'assujettissement (A) méritent d'abord d'être précisées. Il convient ensuite de décrire le mode de détermination de l'impôt sur ces bénéficiaires soumis à l'I.R.P.P. (B) afin d'en mesurer le poids et pouvoir le comparer à l'impôt sur les sociétés.

A – Les conditions d'appréhension des revenus des sociétés par l'I.R.P.P.

690- Le champ d'application de l'impôt sur le revenu (1) délimite les sociétés concernées par cet impôt. Il est curieux toutefois de noter que la forme sociale n'a aucune incidence sur ses modalités d'application (2).

⁶⁰ A propos des finalités et limites de la politique fiscale : BELTRAME (P.) *La fiscalité en France*. Hachette, 1993, p. 173. L'impôt a d'autres rôles qu'une simple fonction budgétaire.

⁶¹ *Ibid.* n° 5.

⁶² Lesquelles sont une manifestation du libéralisme fiscal.

⁶³ CASIMIR (J.-P.) L'imposition du résultat des sociétés. Être ou ne pas être soumis à l'I.S. ? Telle est la question. In *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*. Op. cit., p. 159 et s., n° 3.

1 - Le champ d'application de l'I.R.P.P. aux sociétés

691- L'article 1^{er} du C.G.I. dispose que seules les personnes physiques sont concernées par l'impôt sur le revenu, par le biais du foyer fiscal. Cette première affirmation laisse à penser que les personnes morales échappent à l'I.R.P.P. Si, effectivement, aucune personne morale n'y est assujettie en nom⁶⁴, les bénéfices dégagés par certaines d'entre elles peuvent rentrer dans l'assiette imposable de cet impôt au nom des associés. La constitution d'une société n'évite pas, *de facto*, l'application de l'I.R.P.P. aux produits d'activité. Tantôt il s'impose, tantôt il résulte d'une option.

692- *En premier lieu*, l'impôt sur le revenu intéresse les *sociétés de personnes*⁶⁵. Il est considéré qu'elles n'incarnent pas vraiment une entité autonome et distincte de celle de leurs associés. Il est alors fait abstraction de la personnalité morale de ces sociétés.

En effet, elles sont conclues *intuitu personae* et assorties d'un *affectio societatis* encore fort. Elles sont donc considérées servir, avant tout, les personnes qui y sont associées. Elles se caractérisent par une implication personnelle des associés et, corrélativement, une faible densité de la personne morale créée. Le bénéfice distribué est davantage qu'un dividende versé à un bailleur de fonds. De plus, les associés sont indéfiniment responsables de dettes sociales⁶⁶. Le droit fiscal assimile donc l'associé à un entrepreneur individuel et les bénéfices sociaux à des bénéfices individuels. La société de personnes n'a pas la personnalité fiscale.

Ainsi, le droit fiscal se détache avec singularité de la théorie de la personnalité morale, construite pourtant au nom d'une réalité juridique⁶⁷. Il est créé une personnalité fiscale distincte de la personnalité morale. Cette position s'accorde mal au souci de simplification du droit actuel⁶⁸.

⁶⁴ Pour cette raison, on ne peut pas évoquer « l'assujettissement des sociétés à l'I.R.P.P. », mais plutôt relever « l'assujettissement des sociétés au régime des sociétés de personnes ».

⁶⁵ Le droit fiscal effectue une distinction classique entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux

⁶⁶ Pourtant la responsabilité indéfinie aux dettes sociales prescrites dans ce type de société tient plus au droit de gage fourni aux créanciers sociaux, qu'à un souci d'exercer son activité à la manière de l'entrepreneur individuel. C'est oublier aussi rapidement que cette responsabilité est subsidiaire et que la personnalité morale joue donc un rôle effectif de retardateur.

⁶⁷ V. *supra* n° 56 et s.

⁶⁸ COZIAN (M.) et PEIGNELIN (A.-S.) Un "sac d'embrouilles" : le régime fiscal des sociétés de personnes relevant de l'impôt sur le revenu. Dr. fisc. 1994, n° 5, p. 205 et s. - DURAND (P.) Les sociétés de personnes mal aimées de la fiscalité ? La revue adm. 1998, n° 304, p. 500 et s.

693- La fiscalité fragilise ainsi l'écran dressé par la société. Il est question d'écran tantôt transparent, tantôt opaque pour qualifier la personnalité morale des sociétés⁶⁹. La théorie de la transparence fiscale⁷⁰ permet à l'I.R.P.P. d'appréhender les bénéfices réalisés, qu'ils soient distribués ou mis en réserve. Il est tenu compte des revenus de l'associé au prorata de sa participation⁷¹.

Les articles 8 et suivants du C.G.I., en énumérant les associés concernés par l'I.R.P.P., donnent les caractéristiques principales de ces sociétés transparentes. Leur activité est civile ou commerciale. La famille comprend en particulier les sociétés civiles (sociétés immobilières⁷², professionnelles⁷³ ou de moyens) et les sociétés en nom collectif et en commandite simple⁷⁴. Les sociétés immobilières de copropriété visées par l'article 1655 *ter* du C.G.I.⁷⁵ et la plupart des sociétés agricoles sont également concernées⁷⁶. Pour certaines sociétés immobilières, la jurisprudence a étendu l'application des règles de la transparence. En particulier, la qualité de propriétaire a été reconnue aux associés de S.C.I. alors que normalement elles ont une personnalité fiscale distincte de celle de leurs membres. Ainsi, le

⁶⁹ COZIAN (M.) Images fiscales : transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés. In *Les grands principes ... Op. cit.*, p. 253 et s.

⁷⁰ DEROUIN (P.) La transparence fiscale des sociétés de personnes. Dr. fiscal 1997, n° 50, p. 1443 et s., et n° 51, p. 1484 et s.- DEPONDY (A.) Variations sur la personnalité morale des sociétés de personnes. J.C.P. éd. N. 1999, p. 1133.- MIGNON (E.) La transparence n'est pas le vide. R.J.F. 1999, p. 931.- Et pour une étude très critique : SERLOOTEN (P.) Brèves réflexions sur l'utilité actuelle du régime de transparence fiscale des sociétés de personnes. J.C.P. éd. E. 1999, n° 38, p. 1477 et s.

⁷¹ L'ignorance de la personnalité morale va loin puisqu'elle est même niée au cas de redressement fiscal. V. Conseil d'Etat, 10 octobre 2001. R.J.F. 2002, n° 1, p. 51. « La notification d'un redressement, adressé à l'associé d'une société civile, qui a pour seul objet, de rejeter l'imputation sur son revenu global, à laquelle il a procédé, de la part lui revenant dans le déficit de la société civile, dont les résultats déclarés ne sont pas remis en cause, n'a pas à être précédée d'une notification de redressement à cette société ». La solution aurait peut-être été différente si les résultats de la société avaient été eux-mêmes en cause.- V. dans le même sens, Conseil d'Etat 10 octobre 2001, *Ibid.*, p. 54, à propos d'une société de personnes. Les motifs étaient également propres à l'associé.- V. encore concernant une société civile constituée en vue de la vente d'immeuble, soumise à l'art. 211-2 C.C.H., Conseil d'Etat, 20 novembre 2001. R.J.F. 2002, n° 2, p. 178.- L'avis de mise en recouvrement émis contre la seule société ne suffisait pas, alors même que les associés étaient tenus au passif social avec obligation de paiement sur simple commandement. Une mise en recouvrement des associés était nécessaire pour qu'ils puissent exercer leur droit de défense.

⁷² Les sociétés immobilières connaissent des formes juridiques très variables. Si certaines d'entre elles peuvent parfois prendre la forme de sociétés commerciales assujetties à l'I.S., pour celles qui sont des sociétés civiles, cet assujettissement est impossible. Les sociétés civiles de construction-vente, les sociétés civiles immobilières patrimoniales, les sociétés de copropriétés immobilières sont transparentes en vertu des art. L 212-1 à 17 C.C.H. Elles ont effectivement pour objet l'attribution des immeubles construits aux associés en propriété ou jouissance exclusive.

⁷³ Art. 8 *ter* du C.G.I.

⁷⁴ Sont également des sociétés de personnes, les sociétés créées de fait et les sociétés en participation. Ces sociétés ne sont toutefois pas des techniques employées par les gestionnaires de patrimoine, car elles présentent peu d'avantages civils vis-à-vis des tiers.

⁷⁵ Art. 8 *bis* C.G.I.

⁷⁶ V. par exemple : MIGNON (E.) Que reste-t-il du principe de transparence fiscale des G.A.E.C. ? R.J.F. 2000, p. 295.

champ d'application de l'article 1655 *ter* C.G.I. a été étendu⁷⁷. Il est possible toutefois de se demander s'il s'agit d'un réel pas vers la transparence ou seulement d'une semi transparence assortie de bienveillance fiscale. Enfin, en vertu de l'article 239 *septies* du C.G.I., certaines S.C.P.I. sont également exclues de l'I.S.⁷⁸.

La catégorie est donc très hétérogène⁷⁹ et des régimes spécifiques existent⁸⁰.

694- *En second lieu, certaines sociétés normalement assujetties à l'I.S. peuvent opter pour le régime fiscal des sociétés de personnes*⁸¹.

L'article 239 *bis* AA du C.G.I. énonce, d'abord, le cas particulier des S.A.R.L. à caractère familial⁸². Il leur est permis d'opter pour le régime fiscal des sociétés de personnes à plusieurs conditions. Elles doivent exercer une activité industrielle, commerciale, artisanale ou agricole. Elles doivent être formées uniquement entre personnes parentes en ligne directe et collatérale au deuxième degré et leurs conjoints. L'option doit être exercée à l'unanimité des associés, puisqu'ils seront imposables sur leur quote-part de bénéfice dans le cadre de leur revenu global. L'option est révocable dans les mêmes formes. Un retour à l'I.S. exclut toutefois toute nouvelle option pour le régime des sociétés de personnes pour l'avenir.

L'E.U.R.L., dont l'associé est une personne morale, est obligatoirement assujettie à l'I.S. Cette disposition vise à éviter la pratique de certains montages. Ces derniers consistaient pour une société mère à donner à ses filiales le statut d'E.U.R.L. transparente. La société mère récupérait ainsi le résultat de chacune de ses filiales en opérant une compensation entre leurs résultats⁸³. Cette formule était très utilisée dans l'hôtellerie avec des S.N.C.⁸⁴. En outre, il est

⁷⁷ La jurisprudence a tout d'abord permis l'application de l'exonération de plus-value pour résidence principale. Conseil d'Etat, 17 mai 1989. Dr. fiscal 1989, n° 46-47, com. 2162, concl. Liebert-Champagne.- Conseil d'Etat, 26 octobre 1994. R.J.F. 1995, n° 2, p. 192.- v. encore : GOULARD (G.) La reconnaissance de la qualité de propriétaire aux associés de S.C.I. non transparentes. R.J.F. 1994, n° 4, p. 251 et s.- V. également un arrêt du tribunal administratif de Grenoble du 25 octobre 1994. R.J.F. 1995, n° 2, p. 192, lequel accorde une réduction d'impôt pour résidence principale aux mêmes associés de S.C.I.- V. toutefois le refus d'octroi de la réduction d'impôt pour investissement locatif (1984-1989), CAA Bordeaux 24 juillet 2001, R.J.F. 2002, n° 1, p. 24.

⁷⁸ Transparentes, leur résultat est imposé chez l'associé directement dans la catégorie des revenus fonciers. Si ce dernier est une personne physique, les revenus subiront l'I.R.P.P. Si l'associé est une société soumise à l'I.S., la part des bénéfices sociaux recueillie fera partie du bénéfice imposable à l'I.S.

⁷⁹ Monsieur Cozian distingue d'ailleurs entre les sociétés transparentes (celles citées à l'art. 1655 *ter* C.G.I.) et les sociétés semi-transparentes que sont les sociétés de personnes (visées à l'art. 8 du C.G.I.)

⁸⁰ Ce n'est pas le cas des catégories des sociétés de capitaux qui sont fiscalement homogènes.

⁸¹ MAIA (J.) Le passage au régime fiscal des sociétés de personnes : un risque d'entrer dans un sac d'embrouilles. R.J.F. 2000, n° 11, p. 766.

⁸² Le régime fiscal optionnel des S.A.R.L. « de famille ». B.F.F.L. juillet 2003, p. 505.

⁸³ L'E.U.R.L. a pour objectif de fabriquer un déficit qui remontera au contribuable surfiscalisé. V. sur ce point DIENER (P.) Art. préc.- PARIS, 9 février 1999, Bull. Joly 1999, p. 548.

⁸⁴ Ces montages ont de toute façon perdu de leur attrait grâce au régime de l'intégration fiscale. V. sur ce point *infra* n° 729 et s.

aujourd'hui dissuasif pour une société jusqu'alors soumise à l'I.S. de se transformer en vue d'un assujettissement au régime des sociétés de personnes⁸⁵.

2 - Les modalités d'application de l'I.R.P.P. aux sociétés

695- Le régime fiscal des sociétés de personnes relevant de l'impôt sur le revenu a été qualifié de « sac d'embrouilles »⁸⁶. Au principe curieux de négation de l'écran, est venu se greffer une myriade de dispositions destinées à éviter l'emploi des sociétés de personnes comme instrument de gestion des déficits, voire comme instrument de défiscalisation. Les modalités d'application de l'I.R.P.P. aux sociétés ne s'en trouvent pas simplifiées.

696- Depuis que l'I.R.P.P. n'est plus cédulaire⁸⁷, les modalités de prise en compte des sources du revenu sont obscurcies⁸⁸. La notion de société importe peu pour qualifier les revenus⁸⁹. Les critères de distinction tiennent davantage à l'origine du revenu professionnel⁹⁰ : industrielle et commerciale, non commerciale et agricole. L'associé est assimilé à l'entrepreneur individuel.

697- Les sociétés sont seulement soumises à des obligations déclaratives spécifiques. Celles des sociétés de personnes sont prévues à l'article 60 du C.G.I. La détermination du bénéfice se fait comme pour les exploitants individuels, en fonction de la catégorie dont relève la société. Une déclaration annuelle fait apparaître les résultats dans leur ensemble, ainsi que la quote-part de bénéfices ou de déficits attribués à chaque associé. L'imposition se fait au niveau de l'associé. Si ce dernier est une personne physique, cela se fera au titre de l'impôt sur le revenu⁹¹.

⁸⁵ V. MAIA (J.) Art. préc.

⁸⁶ COZIAN (M.) Un « sac d'embrouilles » le régime fiscal des sociétés de personnes relevant de l'impôt sur le revenu. In *Les grands principes...* Op. cit., p. 271 et s.

⁸⁷ En effet, avant 1948, il existait un impôt par catégorie de revenus également appelés cédules.

⁸⁸ Leur diversité est pourtant considérée au moment de la liquidation de l'impôt.

⁸⁹ CASIMIR (J.-P.) Art. préc., n° 18. Le statut de « société » n'est parfois d'aucun secours sur le statut fiscal de l'associé, même si on introduit une société intercalée.

⁹⁰ Les traitements, salaires, pensions et rentes, qui placent leur titulaire dans un état de subordination à un employeur ou débirentier, se distinguent ainsi clairement des autres revenus professionnels, qui se caractérisent par davantage d'indépendance. V. *supra* n° 686.

⁹¹ En revanche, s'il est un contribuable assujéti à l'I.S., l'imposition se fera au titre de l'impôt sur les sociétés.

698- L'absence d'influence de la forme sociétaire peut être analysée comme l'application de la transparence fiscale. Cette dernière n'est toutefois pas appliquée pour toutes les étapes de fixation du revenu imposable et de calcul de l'impôt. Il se trouve que les règles spécifiques à l'origine sociétaire des revenus ne jouent pas vraiment en leur faveur.

Par exemple, pour être imposable, il faut que le revenu soit disponible⁹². Or, le bénéfice réalisé par une société de personnes est immédiatement imposable entre les mains de l'associé, au prorata de ses droits sociaux, même s'il n'en a pas effectivement disposé.

Une autre illustration concerne une règle commune aux sociétés et aux exploitations individuelles. Les bénéfices tirés de créances acquises (déterminés dans leur principe et leur montant) sont réputés réalisés, et donc imposables, quand bien même les sommes n'auraient pas été perçues, ni même disponibles. Cette solution marque une différence de traitement par rapport aux particuliers, défavorable aux associés. L'abstraction comptable nie la réalité.

B – Le traitement fiscal des produits d'activité soumis à l'I.R.P.P.

699- La forme sociale n'a quasiment⁹³ aucune influence sur le traitement fiscal des produits d'activité. L'I.R.P.P. s'évalue de la même manière, que l'entreprise soit exploitée individuellement ou sous la forme sociétaire⁹⁴. Néanmoins, la description du calcul de l'impôt n'est pas sans intérêt. En effet, il a servi de bases de réflexion à l'élaboration de l'impôt sur les sociétés⁹⁵. En outre, il permet une comparaison entre les deux impôts et donc l'appréciation d'une éventuelle optimisation fiscale. Cette dernière consisterait alors à adopter une forme sociale soumise⁹⁶ au régime retenu. Trois activités différenciées donnent naissance à autant de catégories de bénéficiaires, soumis à des régimes distincts.

700- La première catégorie concerne *les bénéficiaires industriels et commerciaux (B.I.C.)*.

Elle intéresse l'activité déployée par un professionnel indépendant, commerçant en nom propre ou associé d'une société transparente. Dans ce dernier cas, l'administration ignore la

⁹² Notion à la frontière de l'acquisition et de la perception (art. 12 C.G.I.).

⁹³ V. *supra* s'agissant de la déductibilité des intérêts d'emprunt.

⁹⁴ C'est l'application du principe de neutralité. C'est également la manifestation de l'existence d'un patrimoine d'affectation fiscale puisque l'actif professionnel subit une taxation différente de l'actif privé. Ainsi le passage d'un bien de l'une à l'autre des masses génère l'impôt sur la plus-value (une autre manifestation du patrimoine d'affectation fiscale est la possibilité de déduire les loyers des locaux d'exploitation, propriété de l'entrepreneur, en dehors de tout montage sociétaire).

⁹⁵ Ceci par souci de neutralité fiscale.

⁹⁶ Ou susceptible de l'être sur option.

société. Elle ne s'adresse qu'à l'associé, considéré comme récipiendaire de la quote-part des bénéfices sociaux correspondant à ses droits. Cette portion de bénéfice est qualifiée de B.I.C. et imposée avec les autres revenus du foyer fiscal au titre de l'impôt sur le revenu⁹⁷.

701- Cette catégorie de revenus est vaste⁹⁸. L'administration fiscale l'interprète largement. En outre, le principe de liberté d'affectation comptable⁹⁹ s'applique en matière de B.I.C.¹⁰⁰. En plus du « noyau dur »¹⁰¹ de l'entreprise naturellement inscrit, l'entrepreneur est libre d'ajouter à son bilan tous biens ou dettes, lesquels entreront dans le calcul du résultat généré par l'entreprise. Toutefois, lorsque l'entrepreneur n'exerce pas à titre personnel l'activité¹⁰², les revenus sont rattachables à la catégorie des B.I.C. non professionnels. Cette dernière exclut le contribuable de certains avantages tels que l'imputation des déficits¹⁰³ et limite l'intérêt de certains montages d'optimisation fiscale¹⁰⁴. Le législateur tient cette activité pour un placement, et non un travail. Les pratiques les plus courantes sont les placements dans l'hôtellerie, les logements étudiants et les résidences pour personnes âgées.¹⁰⁵

⁹⁷ En revanche, si l'associé de la société de personnes est une société soumise à l'I.S., la quote-part de bénéfice échappera naturellement à l'I.R.P.P.

⁹⁸ Elle intéresse au prime abord les revenus issus de l'exercice d'une activité commerciale, industrielle ou artisanale. A cet égard, il est possible de se référer à la définition de la commercialité posée par l'art. 632 du Code de commerce, mais il convient, à l'instar de l'administration fiscale, de faire preuve de réalisme et d'y intégrer les entrepreneurs qui ne sont pas inscrits au registre du commerce ou des métiers, s'ils semblent devoir s'y assimiler.

⁹⁹ Ce principe est un des visages du libéralisme fiscal offert aux entreprises. Mais il suppose une complication parfois jugée extrême de son fonctionnement. En ce sens : COZIAN (M.) Le principe de liberté d'affectation comptable dans le cadre des bénéfices industriels et commerciaux. Dr. fiscal 2002, p. 294 et s.

¹⁰⁰ Au contraire de ce qui intéresse la taxe professionnelle et surtout l'I.S.F.

¹⁰¹ L'expression est de GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.) *Op. cit.*, p. 86, n° 109 ; il s'agit par exemple d'un fonds de commerce, son stock, les créances et dettes commerciales, qui doivent naturellement être affectés à l'exploitation.

¹⁰² Notamment lorsqu'il exerce par l'intermédiaire de préposés et n'intervient pas dans la gestion de l'entreprise.

¹⁰³ Loi de finances pour 1996, v. notamment art. 72.

¹⁰⁴ Un montage pouvait consister en l'acquisition de parts de SNC ou société en commandite, sociétés commerciales transparentes dont les revenus sont imposables aux titres des B.I.C. Si elles généraient des déficits, on pouvait minorer ainsi ses revenus imposables en imputant ces derniers sur les autres revenus du foyer fiscal. Certaines de ces activités pouvaient présenter des déficits importants dans les premières années d'exploitation et constituer ainsi une forte minoration de l'impôt dû par l'investisseur. Le législateur a ainsi voulu éviter que la prise de participation dans ces sociétés soit motivée par un souci de minoration du revenu imposable du foyer fiscal. L'imputation est donc impossible si l'associé n'est pas véritablement un entrepreneur.

¹⁰⁵ Restent toutefois B.I.C. professionnels, les revenus tirés de l'activité de loueurs en meublés et les investissements réalisés à l'étranger. De manière tout à fait artificielle, le législateur a intégré à cette même catégorie les revenus d'activités des marchands de biens en raison de leur caractère commercial (V. pour le détail : GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.) *Op. cit.*, p. 84 n° 106 b). Si l'intégration des bénéfices des marchands de biens semble justifiable, parce que la répétition des achats et ventes postule l'exercice d'une véritable activité, en revanche, les revenus de location de meublés relèvent de la gestion de patrimoine privé. Leur intégration est donc contestable.- Il s'y ajoute également les revenus accessoires qu'un contribuable commerçant perçoit dans des domaines non commerciaux, notamment des revenus agricoles (V. art. 155 du C.G.I.) par souci de simplification.

Une technique d'optimisation fiscale consiste, pour des personnes disposant de revenus importants, à participer au démarrage de certaines de ces activités, présentant, les premières années, des déficits conséquents. Ces déficits en s'imputant sur les autres revenus du foyer fiscal, minorent l'impôt sur le revenu. C'est précisément l'abstraction faite de la personnalité morale qui constitue un avantage pour le contribuable. La confusion des patrimoines entraînée par la transparence fiscale lui permet d'imputer des déficits. Si la technique sociétaire est utilisée pour participer à une telle activité¹⁰⁶, il conviendra de s'assurer de l'assujettissement de la société au régime des sociétés de personnes.

702- La théorie du bilan (art. 38 du CGI)¹⁰⁷ permet de déterminer le bénéfice imposable¹⁰⁸. Au niveau de la territorialité, sont prises en compte les exploitations situées en France, ainsi que les résultats d'exploitations situées à l'étranger si l'opérateur a son domicile fiscal en France¹⁰⁹. L'art. 39-1 du C.G.I. prévoit le principe de déductibilité des charges. Un catalogue de frais généraux est ainsi établi, auquel il faut ajouter les amortissements et provisions.

703- Le régime d'imposition varie selon la taille de l'entreprise et son devenir¹¹⁰. Certains de ces régimes présentent des avantages non négligeables. Ainsi, le régime des

¹⁰⁶ Notamment afin de limiter la responsabilité de l'associé à l'égard des autres créanciers.

¹⁰⁷ Le résultat fiscal est déterminé à partir du résultat comptable de l'entreprise. Il y a primat des règles comptables sur les règles fiscales sauf dérogations légales. La loi étant libre de s'affranchir de certaines lois comptables, en pratique, les différences donnent lieu à un retraitement du résultat comptable et à des rectifications dites « extra-comptables » portées sur un imprimé fiscal (état 2058A). Il en découle la prise en compte des créances acquises et dettes certaines (et non celles correspondant à un encaissement ou décaissement effectif). De même la détermination du résultat est annuelle et tient compte de l'exercice, qu'il corresponde à l'année civile ou qu'il soit clos au cours de cette année civile d'établissement de l'imposition. Les exercices sont d'ailleurs par principe indépendants. La comptabilisation des opérations s'effectue en euros et hors T.V.A. sauf pour les cas de non déductibilité.

¹⁰⁸ A la différence de l'examen du compte d'exploitation, la comparaison des bilans d'une année sur l'autre intègre toute plus-value réalisée, même si elle est étrangère à l'activité. Ainsi, lorsque, par exemple, un immeuble inscrit aux comptes de l'entreprise est vendu et dégage une forte plus-value, elle devra intégrer le bénéfice réalisé au même titre que le résultat net des ventes.

¹⁰⁹ Sauf convention bilatérale contraire favorisant le concept d'établissement stable.

¹¹⁰ Il s'agit d'abord du régime des micro-entreprises (art. 50-0 C.G.I.) Sa simplicité réside en ce que le contribuable n'a à déclarer que le montant de son chiffre d'affaire hors taxes auquel est appliqué un abattement forfaitaire pour frais afin de dégager le bénéfice net. La même simplicité se retrouve au niveau des obligations comptables et fiscales. Le régime du réel simplifié, ensuite, a un champ d'application encadré par des seuils du chiffre d'affaires. Le contribuable doit déterminer un résultat fiscal sincère et exact, mais ses obligations déclaratives et comptables sont allégées par rapport au régime réel normal, se réduisant à la comptabilité dite « super-simplifiée » (comptabilisation des encaissements et décaissements de l'entreprise.) Le régime réel normal, enfin, suppose le respect total de la conjugaison des lois fiscales, du Code de commerce et du plan comptable. Il concerne finalement un nombre limité de contribuables assujettis aux B.I.C., puisqu'une entreprise importante est rarement exploitée en son nom propre ou sous la forme d'une société transparente, dans laquelle la responsabilité est illimitée.- L'adhésion du contribuable à un centre de gestion agréé a une incidence sur le traitement du résultat net. En contrepartie de son adhésion, il profite en effet d'un abattement de 20 % sur le

micro-entreprises permet d'échapper à la T.V.A., à l'imposition des plus-values et au moins de bénéficier d'obligations déclaratives et comptables allégées. En cas de pluralité d'entrepreneurs dans un même foyer fiscal, la technique sociétaire structure chaque activité et dénie à l'administration fiscale la possibilité de contester la distinction des fonds et de leur gestion¹¹¹. Il est ainsi plus facile de bénéficier des avantages propres à chaque régime¹¹².

704- Si la détermination du bénéfice imposable conduit à un résultat positif, il est ajouté aux autres revenus du foyer fiscal. S'il est négatif, il est distingué selon que le B.I.C. est professionnel ou non. S'il est professionnel, le contribuable pourra imputer le déficit sur les autres revenus du foyer fiscal¹¹³. En revanche, si le BIC est non professionnel, le déficit ne peut être imputé que sur des activités similaires dans les cinq années suivantes.

705- Ces règles d'imposition des B.I.C. révèlent un souci d'adaptation du droit fiscal aux faits. Il s'applique à refléter le monde de l'entreprise¹¹⁴. Ce n'est pas tant la structure juridique qui sert de repère que la comptabilité. Les notions comptables revêtent une importance considérable et le souci de simplification fiscale ne cesse de rapprocher comptabilité et fiscalité. L'optimisation par la technique sociétaire est donc nulle, car la comptabilité adoptée ne dépend pas de la forme juridique de l'exploitation¹¹⁵. La fiscalité s'attache à la seule réalité entrepreneuriale traduite en termes comptables et non à l'enveloppe juridique.

706- *La deuxième catégorie concerne les bénéfices non commerciaux (B.N.C.).*

Elle recouvre des revenus tirés d'activités très hétérogènes¹¹⁶.

C'est le cas des activités libérales¹¹⁷ et des charges et offices. Elles sont organisables en la forme sociétaire, laquelle connaît un succès croissant¹¹⁸. La S.C.P., en particulier¹¹⁹, est

bénéfice imposable. A cet avantage s'ajoute une réduction d'impôt sur le revenu pour frais de comptabilité et d'adhésion si l'entreprise ne dépasse pas les limites du forfait.

¹¹¹ Pour le problème de la pluralité d'entrepreneurs au sein du foyer fiscal, v. SERANDOUR (Y.) La pluralité d'entreprises du foyer fiscal. J.C.P. éd. N. 2001, p. 1316. L'auteur note que l'imposition par foyer n'empêche pas l'attribution à chacun de ses membres des avantages accordés aux petites entreprises, avec notamment l'applicabilité du régime des micro-entreprises. Ainsi, les contribuables scindent leurs activités et les diversifient. L'administration est amenée à rétablir l'unicité d'entreprise, lorsque deux critères ne sont pas établis : des fonds distincts et une gestion distincte. La forme sociétaire donne une solution en rendant incontestable l'application de ces critères.

¹¹² *Ibid.*, n° 26.

¹¹³ Le déficit peut même être reporté sur les années suivantes jusqu'à cinq années consécutives.

¹¹⁴ V. en ce sens FREYRIA (C.) La personnalité morale à la dérive. Art. préc. : en droit fiscal, la notion d'entreprise est plus importante que la notion de personnalité morale.

¹¹⁵ Si le contribuable veut bénéficier d'avantages, il conviendra de respecter les conditions d'assujettissement au régime micro-entreprises ou au régime du réel simplifié et surtout, d'adhérer à un centre de gestion agréé ce qui lui fait bénéficier d'un abattement non négligeable et éventuellement d'une réduction d'impôt.

¹¹⁶ V. art. 92 et s. du C.G.I.

considérée comme transparente¹²⁰. Les honoraires nets appréhendés par ces professionnels, en fonction de leur quote-part statutaire, sont imposés dans la catégorie des B.N.C.

A côté de ces revenus traditionnels, sont concernés des revenus résiduels, inclassables, visés par l'article 92 du C.G.I.¹²¹. Ils se caractérisent par leur impossibilité de reporter un déficit sur le revenu global.

La détermination du bénéfice imposable se fait selon des règles analogues aux B.I.C. Deux régimes coexistent¹²² : le régime de la déclaration contrôlée¹²³ et le régime des micro-entreprises¹²⁴.

707- A l'instar du régime des B.I.C., ces règles manifestent le « réalisme fiscal ». La transparence et la simplification tendent à traduire l'activité en termes comptables. L'optimisation fiscale par l'adoption d'une société est nulle. Le bénéfice de déductions et de formalités allégées dépend du seul respect des conditions d'assujettissement à un régime micro-entreprise. L'exercice de la profession libérale sous la forme sociétaire peut donc ne rien changer fiscalement pour le contribuable, sauf option ou soumission de la société à l'I.S.

708- *La troisième catégorie concerne les bénéfices agricoles (B.A.).*

La définition de l'article 63 du C.G.I. se complète par les décisions du Conseil d'Etat qui font référence à la notion de participation à un cycle biologique de caractère animal ou

¹¹⁷ Caractérisées par la réglementation de l'accès à la profession et la gestion de la déontologie professionnelle.

¹¹⁸ La mutation de ces professions naguère dites intellectuelles et civiles, se distingue notamment par l'exercice en commun qui se développe particulièrement grâce à la technique sociétaire, v. *supra* n° 516 et s.

¹¹⁹ Les autres formes d'association, que constituent, par exemple, les sociétés civiles de moyens, ont pour but de partager les frais d'une structure et ne peuvent percevoir d'honoraires, sous peine de requalification en S.C.P.

¹²⁰ Les S.C.P. peuvent opter pour l'I.S. Cette option les situe dans la même situation fiscale que les S.E.L. qui sont soumises, comme toute société de capitaux, à l'impôt sur les sociétés.

¹²¹ Ils sont très hétéroclites : les revenus du ministre du culte y côtoient ceux de la prostituée...

¹²² Sachant toutefois que certaines professions peuvent opter pour le régime des traitements et salaires lorsque leurs revenus sont déclarés par un tiers intéressé comme par exemple, les écrivains et compositeurs.

¹²³ C'est le régime de déclaration réelle des bénéficiaires. Il s'applique automatiquement au delà d'un volume hors taxe de recettes. Le contribuable peut opter pour le principe de la comptabilité de caisse ou opter pour la comptabilité d'engagement. La comptabilité de caisse est un système simple qui convient à la majorité de professionnels, même si elle ne représente pas une réalité économique. La comptabilité d'engagement transpose totalement les règles des B.I.C. La différence entre une activité commerciale et libérale devient quasi inexistante.

¹²⁴ Il intéresse souvent des activités annexes à une activité salariée. Le contribuable n'aura qu'à inscrire le montant de ses recettes sur la déclaration du revenu global. Le fisc déduira alors 35 % de frais professionnels et aucune T.V.A. ne sera due.

végétal¹²⁵. Il s'agit donc des revenus de l'exploitation agricole¹²⁶ et des revenus de la propriété¹²⁷.

Les revenus de l'exploitant individuel sont naturellement imposés au titre des B.A. L'exercice sous la forme sociale de l'activité agricole, ne modifie pas le mode d'imposition dès lors que la société n'est pas passible de l'impôt sur les sociétés ou que l'option pour cet impôt n'a pas été exercée. Selon les règles de la transparence fiscale, chaque associé déclare ses revenus agricoles pour sa portion statutaire dans la catégorie des B.A. Les sociétés agricoles intéressées sont notamment les GAEC¹²⁸, les G.F.A., les sociétés civiles agricoles, les groupements forestiers.

L'évaluation du bénéfice agricole est difficile¹²⁹. Quatre modalités sont possibles : l'évaluation forfaitaire¹³⁰, l'évaluation réelle normale¹³¹, l'évaluation réelle simplifiée¹³² et l'évaluation réelle super simplifiée¹³³.

Concernant les B.A., il se constate la même impuissance de la technique sociétaire à influencer dans les règles de détermination du bénéfice imposable.

709- Ces revenus issus des professions indépendantes sont additionnés aux autres revenus du foyer fiscal pour obtenir le revenu global net. Ce dernier est susceptible de corrections, comme la déduction de certaines charges (art. 156 du C.G.I.)¹³⁴. Il peut faire l'objet d'imputation de certains déficits ou de prise en compte particulière des revenus

¹²⁵ Cette notion est d'ailleurs inscrite dans la loi (art. 2 de la loi du 30 décembre 1988).

¹²⁶ Profits de la vente ou de la consommation de produits issus de la culture ou de l'élevage.

¹²⁷ Rémunération du capital foncier et revenus accessoires lorsque l'exploitant est propriétaire des biens ruraux. Si le propriétaire n'est pas exploitant, le produit des locations est imposé comme revenu foncier, tandis que le preneur déclare les revenus de l'exploitation comme bénéfices agricoles.

¹²⁸ MIGNON (E.) *Que reste-t-il du principe de transparence fiscale des G.A.E.C.* ? R.J.F. 2000, n° 4, p. 295.

¹²⁹ Sont à l'origine de ces difficultés l'absence de comptabilité, la grande variation des revenus d'une année sur l'autre due aux conditions climatiques, l'importance de l'autoconsommation.

¹³⁰ V. art. 64 et s. du C.G.I. Elle intéresse les exploitants agricoles qui n'ont pas opté pour un autre régime d'évaluation. Dans un premier temps, une détermination collective au niveau du département ou de la région agricole est faite des bases de calcul du forfait, pour chaque nature de culture ou exploitation. Dans un second temps, il est procédé à la détermination individuelle du forfait à partir des bases d'imposition de chaque agriculteur.

¹³¹ Elle s'applique aux exploitants agricoles franchissant un certain seuil. Elle peut également être adoptée sur option de l'exploitant pour une période de cinq ans. Elle ressemble à celle des B.I.C. Seules quelques dispositions particulières traduisent la faveur faite aux agriculteurs. On citera notamment l'abattement de 50 % dont bénéficient les jeunes agriculteurs pendant leurs premières années d'activité.

¹³² C'est une transposition du régime mis en place pour les entreprises industrielles et commerciales. Il visait à inciter les agriculteurs à renoncer au régime du forfait. Les obligations déclaratives sont réduites et il n'est pas tenu compte que des recettes effectivement encaissées et des dépenses réellement payées.

¹³³ Il s'applique sur option. Il s'agit toutefois d'un régime transitoire dont on ne peut bénéficier que cinq ans. Les dernières options ont pu être formulées en 2000. L'option ne peut plus être exercée depuis l'imposition sur les revenus de 2001.

¹³⁴ Pensions alimentaires, frais d'accueil des personnes âgées de plus de 75 ans, etc. Il ne faut pas confondre les charges déductibles avec les réductions d'impôts.

exceptionnels ou différés. Il sert de base de calcul à l'impôt suivant deux paramètres : un barème¹³⁵ et un quotient familial. La détermination de l'impôt net se fait après application de certaines réductions d'impôt¹³⁶. Dès lors qu'une activité produit des revenus conséquents, l'assujettissement à l'I.R.P.P. doit être regardé compte tenu du taux marginal d'imposition. Il est important¹³⁷ comparé à celui de l'I.S.¹³⁸. Ainsi, l'option pour l'I.S. est susceptible de s'imposer. L'organisation sous forme sociétaire est alors motivée par des raisons fiscales.

La technique sociétaire n'a aucune influence sur le mode de traitement des produits d'activités soumis à l'I.R.P.P. L'assujettissement à l'I.S. peut en revanche constituer une optimisation fiscale et requérir la constitution d'une société.

Paragraphe 2 – L'intérêt de la forme sociétaire en vue de l'assujettissement des revenus à l'I.S.

710- La dénomination de cet impôt laisse à penser que le législateur a entendu s'intéresser aux sociétés en leur créant un régime fiscal indépendant. En réalité, il a initialement recherché la neutralité fiscale et l'égalité des opérateurs devant l'impôt. Il a donc veillé à édicter des règles similaires à celles applicables aux entreprises relevant des B.I.C. En principe, le choix de la forme juridique de l'entreprise ne devrait donc pas être influencé par l'impôt.

Le mode de détermination du résultat paraît certes identique. Le mode d'imposition est en revanche différent. La comparaison des taux marginaux et surtout la flexibilité accordée dans la gestion de l'impôt sur les sociétés orientent les choix du contribuable¹³⁹.

L'assujettissement à l'I.S. présente donc des intérêts (A) et conduit à la constitution de sociétés *ad hoc*. Toute stratégie fiscale n'est toutefois pas possible (B).

¹³⁵ La loi de finances pour 2003 a relevé de 1,7 % les tranches du barème de l'I.R.P.P. et baissé les taux d'imposition. V. Revue fiduciaire FH 2952 du 1^{er} janvier 2003, p. 5.

¹³⁶ C'est le cas par exemple des frais de garde d'enfants, des dons à des œuvres d'intérêt général ou encore des dépenses supportées pour l'emploi d'un salarié à domicile.

¹³⁷ La loi de finances pour 2003 prévoit des taux d'imposition compris entre 7,05 % et 49,58 %.

¹³⁸ L'art. 219 du C.G.I. annonce un taux de 33,3 %.

¹³⁹ L'impôt sur les sociétés n'en est pas pour autant parfait et il fait l'objet de propositions de réformes de la part des auteurs. V. SERLOOTEN (P.) Droit fiscal des sociétés : perspectives pour le XXI^e siècle. Rev. sociétés 2000, n° 1, p. 147.

A – Les intérêts de l'impôt sur les sociétés

711- L'impôt sur les sociétés a d'abord l'avantage de bénéficier d'un régime très souple (1). Il traite ensuite la rémunération des dirigeants avec indulgence (2).

1 – La souplesse du régime de l'I.S.

712- Elle se constate en ce qui concerne tant son champ d'application (a), que son mode de détermination (b).

a) Le champ d'application de l'I.S.

713- Certaines sociétés y sont soumises d'office, d'autres sur option.

714- En *premier lieu*, deux causes d'assujettissement immédiat à l'I.S. sont possibles.

Les sociétés de capitaux, d'abord, sont considérées comme des sociétés opaques, du fait de la limitation de responsabilité de leurs associés. La personnalité fiscale leur est donc reconnue, ce qui les soumet à l'I.S.¹⁴⁰. Les sociétés concernées sont principalement la société anonyme, la S.A.S., la société à responsabilité limitée, la société en commandite par actions et la société coopérative.

715- Certaines sociétés civiles, ensuite, se livrent à des opérations dites commerciales, également passibles de l'I.S. conformément à l'article 206-2 du C.G.I.¹⁴¹. Ainsi, une société civile patrimoniale donnant en location des locaux tout équipés se livre à une activité commerciale et sera donc soumise à l'I.S. L'administration fiscale tolère toutefois qu'elle y échappe, si son activité industrielle ou commerciale n'excède pas 10 % des recettes totales hors taxe.

¹⁴⁰ Le bénéfice après impôt est distribué aux actionnaires. Il subit alors une seconde imposition au titre du revenu de l'actionnaire.

¹⁴¹ L'article renvoie expressément aux art. 34 et 35 C.G.I. qui relatent les opérations relevant des B.I.C.

Le but de cette mesure était initialement d'éviter le détournement de structure juridique. Cette règle devait faire figure d'épouvantail¹⁴². Il s'agissait donc d'un dessein de sanction fiscale. La pratique a su y trouver des intérêts¹⁴³.

716- A partir du moment où l'activité est exercée sous la forme juridique de ces sociétés¹⁴⁴, les bénéficiaires, quelle que soit la nature de l'activité, seront soumis à l'impôt sur les sociétés. C'est une exception notable au principe de réalisme et de neutralité fiscale. En effet, il n'est pas tenu compte de la nature civile ou commerciale de l'activité. Seule la forme juridique détermine les règles d'imposition applicables. Par exemple, les prestations comptables, pourtant civiles, sont traitées et imposées comme une activité commerciale, dès lors qu'elles sont exercées par une société de capitaux. Il en est de même pour une activité de prestations de service médical. La règle contraste singulièrement avec les principes gouvernant les sociétés de personnes. L'admission de cette fiction offre donc la possibilité de considérer la société comme une technique fiscale. L'optimisation fiscale peut être envisagée.

717- En *second lieu*, certaines sociétés sont soumises à l'I.S. sur option.

L'article 206-3 du C.G.I. prévoit que des sociétés de personnes peuvent opter pour l'impôt sur les sociétés¹⁴⁵. L'option se fait conformément à l'article 239 du C.G.I. et elle est irrévocable. Elle peut être exercée à tout moment de l'existence de la société. Au moment du passage à l'I.S., les conséquences fiscales sont celles d'une cessation d'entreprise. L'E.U.R.L. est intéressée par ce régime particulier. Alors même que l'associé est une personne physique et que la société relève normalement du régime fiscal des sociétés de personnes, l'option pour l'I.S. est possible¹⁴⁶.

718- Le champ d'application de l'I.S. est donc potentiellement large. En fait, l'assujettissement à l'I.S. est un acte largement volontaire¹⁴⁷. La souplesse de son régime s'illustre également dans le mode de détermination de l'impôt.

¹⁴² COZIAN (M.) *Un « traquenard » : les sociétés civiles à objet commercial*. In *Les grands principes... Op. cit.*, p. 260 et s.

¹⁴³ V. par exemple : BRUNEAU (P.) et CHOUVELON (T.) *Ingénierie fiscale du patrimoine. Guide d'optimisation fiscale*. E.F.E., 2001, n° 431 s'agissant des sociétés immobilières soumises à l'IS, les avantages étant accrus par l'adjonction au montage d'un P.E.A.

¹⁴⁴ Lesquelles ont un statut qui présume leur commercialité.

¹⁴⁵ Ce sera le cas par exemple d'une S.C.P., mais cela ne peut pas être une société civile de construction-vente ou une société civile de moyen.

¹⁴⁶ Dans ce cas, la rémunération professionnelle de l'associé est traitée comme celle d'un gérant majoritaire de S.A.R.L. (catégorie des traitements et salaires.) V. *infra* n° 733.

¹⁴⁷ Expression de Dominique de la Martinière, *Op. cit.*

b) La détermination de l'impôt

719- L'impôt sur les sociétés ne tient pas compte des facultés contributives des associés¹⁴⁸. Il s'agit d'une taxation purement proportionnelle contrairement à l'I.R.P.P. En revanche, le principe de neutralité a commandé un certain rapprochement dans les modes de détermination de l'assiette de l'impôt. Ainsi, de nombreuses règles des B.I.C. se transposent à l'I.S.¹⁴⁹. La détermination de l'impôt sur les sociétés présente toutefois des particularités, qui s'avèrent favorables. Il convient de distinguer entre les faveurs dont bénéficient toutes les sociétés soumises à l'I.S. (α) et celles qui sont propres aux groupes de sociétés (β).

a. Les faveurs communes à toute société soumise à I. S.

720- Une certaine maîtrise est laissée aux sociétés tant dans la détermination du résultat imposable que dans le processus d'imposition.

721- En premier lieu, la détermination du résultat imposable à l'I.S. recèle des souplesses particulières¹⁵⁰. Certains éléments de détermination du résultat influent sur le calcul de l'impôt.

C'est le cas, *d'abord*, du régime des participations. Il concerne les portefeuilles de titres¹⁵¹ détenus par la société. Elle bénéficie du régime de l'avoir fiscal¹⁵² et d'un régime

¹⁴⁸ Il n'est pas tenu compte des situations personnelles du contribuable telle que charges de famille.

¹⁴⁹ En effet on retrouve un régime général d'imposition qui est le régime du réel normal et un régime simplifié. En revanche il n'y a pas de régime micro. En raison des principes d'égalité et de neutralité, ces régimes prescrivent les mêmes obligations que pour les B.I.C. (art. 223 C.G.I.).- De même, c'est la comptabilité d'engagement qui sera retenue. Le résultat sera déterminé en tenant compte des créances acquises et sous déduction des dettes certaines. C'est une conséquence de la présomption de commercialité. On ne tiendra pas compte de la nature réelle de l'activité exercée par la société soumise à I.S.

¹⁵⁰ Alors même que la trame générale est identique à celle concernant les B.I.C.

¹⁵¹ Actions ou parts d'autres sociétés voire obligations.

¹⁵² Chaque fois que la société perçoit des revenus mobiliers assortis d'un avoir fiscal ou d'un crédit d'impôt, elle a l'obligation d'intégrer ces certificats dans son résultat imposable, mais elle est autorisée à retrancher leur contre-valeur du montant de l'I.S. dont elle est redevable. L'avoir fiscal est versé par le Trésor Public au titre des dividendes des sociétés françaises. Son montant est égal à 10 % lorsque l'actionnaire est une société de capitaux assujettie à l'I.S. Le crédit d'impôt correspondra à une retenue à la source effectuée par le Trésor de l'Etat de la source sur le revenu mobilier au moment de sa distribution. L'imputation de ces certificats ne s'effectue qu'à concurrence de l'I.S. dû par ces sociétés. Au delà, le contribuable ne peut pas obtenir remboursement de l'excédent ni report sur les exercices suivants. Mais si les dividendes proviennent d'une filiale, il y a un régime

spécifique de traitement fiscal des plus-values sur ces titres¹⁵³. Il faut noter toutefois que l'avoir fiscal devrait connaître une réforme. Le projet de loi de finances pour 2004 envisage notamment de supprimer l'avoir fiscal à compter du 1^{er} janvier 2005.

La déductibilité des intérêts sur les comptes courants d'associés est, *ensuite*, dans une moindre mesure, influente. Le législateur est soucieux d'enrayer leur développement car les comptes courants fragilisent les entreprises¹⁵⁴. Leur intérêt fiscal est donc limité et encadré par les articles 39-I-3^{ème} et 212 du C.G.I.¹⁵⁵.

Certaines mesures législatives incitatives s'appuient, *également*, sur les possibilités de minoration de l'impôt sur les sociétés¹⁵⁶. C'est le cas du régime fiscal des participations et de l'intéressement des salariés. La participation des salariés au résultat de l'entreprise est prévue aux articles L 442-1 à 17 du Code du travail. L'entreprise est obligée de constituer une réserve spéciale, qu'elle peut déduire du résultat imposable de l'exercice, à condition que l'accord de participation ait été déposé à la direction départementale du travail¹⁵⁷. L'intéressement des salariés est réglementé par les articles L 441-1 à 8 du Code du travail. L'accord d'entreprise déposé à la direction départementale du travail prévoit un versement de primes en fonction des résultats de l'entreprise, dont le montant ne peut excéder 20 % du salaire brut. Ces

particulier qui s'applique (v. *infra* concernant les groupes de sociétés.) Sur l'avoir fiscal et ses projets de réforme, v. encore *infra* n° 791 et s.

¹⁵³ Un régime spécifique est accordé aux plus-values à long terme et aux plus-values sur cession de titre V. *infra* n° 820 et s.

¹⁵⁴ Il ne s'agit pas d'un financement stable, les sommes peuvent être retirées à tout moment. L'associé est rémunéré par la société au titre des sommes mises à sa disposition.

¹⁵⁵ Plusieurs limitations sont posées. Il faut tout d'abord que le capital social soit entièrement libéré, il faut ensuite voir que le taux maximum des intérêts déductibles est fixé par référence à des marchés (Taux effectif moyen pratiqué par les établissements de crédit pour des prêts à taux variable aux entreprises, d'une durée initiale supérieure à deux ans. Taux publié au J.O., calculé par la Banque de France pour une périodicité trimestrielle.) Concernant les comptes des dirigeants et associés majoritaires, les intérêts les rémunérant ne sont déductibles que pour la fraction des sommes n'excédant pas une fois et demi le capital social. Ce plafond est apprécié globalement, c'est-à-dire pour l'ensemble des personnes concernées. Il y a donc une limitation relativement importante qui ne jouera pas pour les avances consenties par une société mère à sa filiale ni pour les sommes que l'actionnaire va déposer sur un compte bloqué en s'engageant à les incorporer au capital dans un délai de cinq ans. Ces limitations du droit à déduction constituent une lutte contre la sous-capitalisation des sociétés françaises.

¹⁵⁶ Elles ne sont pas textuellement réservées aux sociétés soumises à l'I.S., mais se trouvent, en pratique, plus facilement appliquées dans ce contexte.

¹⁵⁷ C'est une dette de la société envers ses salariés. Son montant est une charge comptable de l'exercice, mais il n'est déductible que du résultat fiscal de l'exercice suivant (Au titre des avantages fiscaux, il faut noter également que le bénéficiaire est exonéré de l'I.R.P.P. si les sommes sont bloquées pendant 5 ans sur un compte d'épargne ouvert dans l'entreprise ou à l'étranger.) Si l'entreprise décide d'allouer un supplément de participation par rapport au régime obligatoire, elle pourra constituer en franchise d'impôt une provision égale à 50 % de ce supplément. Pour les entreprises de moins de 50 salariés, le dispositif est facultatif. S'il est institué, elle pourra constituer une provision égale à 25 % du montant des sommes qui devra dans les 12 mois suivant la clôture de l'exercice être consacrée à l'acquisition ou création d'immobilisations, à défaut de quoi elle devra être réintégrée au résultat de l'exercice.

sommes sont immédiatement déductibles du résultat de l'entreprise, et en outre exonérées des charges sociales.

Ces quelques exemples illustrent les éléments de détermination du résultat imposable qui permettent à la société soumise à I.S. d'optimiser ce dernier. Elle peut ainsi mettre en place une stratégie fiscale. La société maîtrise également le processus d'imposition.

722- En *second lieu*, le « processus d'imposition » est maîtrisable pour la société¹⁵⁸.

Une fois le résultat déclaré, la société doit calculer puis payer l'impôt en cas de bénéfice. Elle peut également être amenée à gérer les déficits.

Le calcul de l'impôt, d'abord, consent quelques souplesses. Le tarif de l'I.S. est *a priori* un tarif unique (impôt proportionnel). Il existe toutefois des taux dérogatoires, voire des exonérations et une imposition forfaitaire¹⁵⁹. Le taux normal est de 33,33 %. Il frappe tous les bénéfices qu'ils soient distribués ou mis en réserve. Les taux dérogatoires ou exonérations concernent trois catégories de sociétés :

- les bénéfices réalisés par les collectivités publiques ou privées dépourvues de but lucratif (forme d'établissement public ou association¹⁶⁰) sont imposés¹⁶¹ au taux de 10 % (revenus d'obligations et dividendes de sociétés françaises) ou de 24 % (revenus fonciers et intérêts sur dépôt)¹⁶².

- pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 1996, une société réalisant moins de 7.630.000 euros de chiffre d'affaire et détenue à 75 % au moins par des personnes physiques peut soumettre au taux de 19 % une fraction de son bénéfice égal au plus à 30.000 euros et au quart de son résultat comptable. En contrepartie de cette faveur, les bénéfices ainsi taxés devront être incorporés au capital ou inscrits à un compte de réserve réglementée au cours de l'exercice suivant (v. art. 219-I-f C.G.I.).

¹⁵⁸ Pour la paternité de l'expression, v. GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.) *Op. cit.*, n° 328.

¹⁵⁹ Il faut relater également l'existence de contributions supplémentaires qui correspondent à des soucis de solidarité conjoncturels. La loi du 4 août 1995 a créé une contribution de 10 % dont l'assiette est constituée par l'I.S., lui-même dû au titre de l'exercice tant au taux normal qu'au taux réduit. La contribution n'est pas remboursée à l'actionnaire par le jeu de l'avoir fiscal. Afin de montrer son caractère temporaire elle n'a pas été intégrée dans le C.G.I. On passe du taux normal de l'I.S. à une charge fiscale sur les bénéfices de 36,66 %. On peut citer une autre charge aujourd'hui périmée, qui avait été instituée par la loi du 10 novembre 1997. Elle avait les mêmes modes de calcul et portait le taux réel d'imposition à 39,9 %. Elle a disparu au 31 décembre 1999. Elle ne devait pas s'appliquer aux entreprises dont le chiffre d'affaire était inférieur à 50 millions de francs. Elle ne concernait en fait que 10 % des sociétés.

¹⁶⁰ Il existe donc un danger de soumission à l'I.S. pour les associations dont on démontre la poursuite d'un but lucratif. La technique sociétaire permet d'isoler en une filiale les activités lucratives, de manière à ne pas contaminer l'ensemble de l'organisme. V. GERSCHEL (C.) La filialisation par une association de son activité lucrative. *Rev. Sociétés* 1998, p. 741.

¹⁶¹ Art. 219 bis C.G.I.

¹⁶² Ils sont même exonérés en ce qui concerne les plus-values de cession de valeurs mobilières.

- une exonération totale ou partielle des bénéficiaires s'applique aux entreprises nouvelles (art. 44 *sexies* C.G.I.). L'allègement d'impôt est prévu au titre des cinq premières années d'activité. Les conditions sont variables. Il faut que l'entreprise soit réellement nouvelle et qu'elle développe une activité commerciale, industrielle ou artisanale. Son capital ne doit pas être détenu directement ou indirectement à plus de 50 % par une autre société en ce qui concerne tant les droits de vote que les droits à dividendes¹⁶³. Il y a là une volonté législative constante d'inciter à la création d'entreprise, avec certaines variantes (situation dans des territoires ruraux, zones de redynamisation urbaine¹⁶⁴).

Le projet de loi de finances pour 2004 envisage d'accentuer les hypothèses d'exonérations d'I.S. Il cherche à créer, par exemple, un environnement plus favorable aux P.M.E. innovantes en créant un statut fiscal de la jeune entreprise innovante. Une exonération totale des trois premiers exercices bénéficiaires, puis une exonération à hauteur de 50 % pour les deux exercices suivants sont proposées. Ce statut ne semble applicable qu'à des entreprises sociétaires, puisqu'il est spécifié que leur capital doit être détenu, directement ou indirectement, à 75 % par des personnes physiques. Tel n'est pas le cas de la prorogation et l'amélioration du régime d'exonération bénéficiant aux entreprises, soumises à l'I.S. ou non, situées en zones défavorisées. Les mesures qui intègrent ce projet de loi de finances¹⁶⁵ assouplissent les conditions de bénéfice du régime notamment quant à l'importance de l'activité exclusive réalisée dans la zone d'aménagement¹⁶⁶.

723- Si la société ne constate pas de bénéfice fiscal, elle sera néanmoins redevable d'une imposition minimale : l'imposition forfaitaire annuelle (I.F.A.) Elle varie en fonction du chiffre d'affaire T.T.C. réalisé par le contribuable. La société doit l'acquitter spontanément. C'est un acompte d'I.S. imputable sur l'impôt dû au titre des deux années suivantes. Au delà les sommes ne sont plus récupérables par la société. C'est donc une charge définitive mais non déductible de ses résultats imposables. L'I.F.A. s'avère alors une imposition sanction qui, sur trois exercices consécutifs, ne dégagent pas de bénéfice fiscal ce qui est paradoxal au regard de la logique même de l'impôt.

¹⁶³ C'est une limite aux montages sociétaires en vue d'exonération fiscale.

¹⁶⁴ Pour les zones franches urbaines, v. art. 44 *octies* C.G.I. On observe par ailleurs des régimes particuliers créés pour les entreprises en difficulté. Certaines activités réalisées dans les départements d'outre-mer ont droit à un abattement d'assiette qui baisse l'impôt effectif à 22,2 %.

¹⁶⁵ V. sur ce point : J.C.P. éd. E. 2003, act. 256.

¹⁶⁶ La condition serait réputée remplie dès lors que l'entreprise réaliserait moins de 15 % de son chiffre d'affaires en dehors de la zone éligible.

724- Les modalités de paiement de l'I.S., ensuite, font apparaître trois étapes successives. Suivant le montant calculé, la société impute les crédits d'impôt puis verse quatre acomptes provisionnels, suivis du solde. L'imputation de crédit d'impôt constitue un réel avantage. La société peut parfois imputer un crédit sur son propre impôt. C'est le cas de l'avoir fiscal (10 % des dividendes perçus par une autre société française) qui fait partie du résultat imposable puis vient s'imputer sur l'I.S. frappant ce bénéficiaire. Si le total des certificats d'avoir fiscal reçu par la société excède le montant de l'I.S., la société n'aura aucun impôt à acquitter mais elle n'obtiendra pas pour autant remboursement ou imputation de l'avoir sur l'exercice suivant. Le remboursement d'un éventuel excédent est prohibé par la loi¹⁶⁷. Ces dispositions ont toutefois vocation à disparaître.

Un crédit d'impôt est attaché à des dividendes que la société perçoit au titre d'actions d'une société étrangère. Une convention bilatérale ratifiée par les deux Etats prévoit un partage des recettes fiscales entre eux. Les dividendes subissent une retenue dans l'Etat à la source. L'actionnaire perçoit le solde, mais intègre, dans sa déclaration de bénéfice, le nominal des dividendes. Au moment de payer l'I.S., il s'en libère à hauteur de la retenue à la source en la faisant valoir auprès du Trésor français.

Le crédit d'impôt sur d'autres revenus mobiliers de source française fonctionne en des termes identiques lorsque le bénéfice de la société inclut certains produits d'obligations ou de bons de caisse qui ont subi une retenue à la source. Elle s'imputera sur le montant de l'I.S., sans pouvoir donner lieu à remboursement en cas d'excédent.

725- Enfin, l'I.S. permet une gestion du déficit, qui peut être imputé de deux manières. Le report en avant constitue le mode traditionnel d'imputation sur le bénéfice des cinq exercices suivants selon un rythme et des proportions que la société choisira en toute liberté, à condition que les exercices suivants dégagent des bénéfices. L'article 209-I-3^e alinéa du C.G.I. pose toutefois une limite. La fraction du déficit non compensé au plus tard au 5^e

¹⁶⁷ Le mécanisme de l'avoir fiscal est avantageux et conduit à la distribution par les sociétés des bénéficiaires sans crainte d'une double imposition. Il faut toutefois relater le mécanisme du précompte qui nécessite une tenue comptable pour les sociétés distributrices de dividendes. Le précompte peut être défini comme l'ombre portée de l'avoir fiscal. Normalement chaque dividende est assorti d'un avoir fiscal. Mais les sommes distribuées ne sont pas toutes imposées à l'I.S. français au taux normal. Dans cette hypothèse, l'avoir fiscal est dépourvu de sa cause, alors même qu'il est versé par le Trésor. Etant dépourvu de sa cause naturelle que constitue le versement de l'I.S., la société devra verser le précompte d'un montant égal à l'avoir fiscal. Ce mécanisme incite les entreprises à distribuer rapidement leurs bénéfices pour ne pas dissimuler la médiocrité des résultats plus récents, et participe d'une volonté de transparence des comptes, auxquels on reproche actuellement leur manque de sincérité. Le projet de loi de finances pour 2004 envisage, en même temps que la suppression de l'avoir fiscal, la suppression du précompte.

exercice suivant est perdue, même si aucun des exercices n'a été bénéficiaire. Le projet de loi de finances pour 2004 envisage de modifier cette règle et d'autoriser un report en avant illimité des pertes. Cette disposition, applicable aux déficits nés au cours d'exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2004 et aux déficits restant à reporter, serait toutefois limitée aux seules sociétés soumises à I.S. Cette mesure accentuerait donc l'optimisation fiscale du processus d'imposition que constituent la structure sociale et l'assujettissement à l'I.S.¹⁶⁸.

Le report en arrière¹⁶⁹ consiste pour la société à imputer le déficit sur le bénéfice des trois exercices antérieurs. Il permet de minorer rétroactivement les résultats de l'entreprise et le montant de l'I.S. correspondant. L'article 220 *quinquies* du Code pose des conditions restrictives à son application. Le déficit ne peut être imputé que sur le bénéfice imposable au taux normal, il doit avoir donné lieu au paiement effectif de l'impôt, ce qui exclut les bénéfices exonérés. Seul peut être retenu le bénéfice non distribué. Le déficit est alors imputé en commençant par le bénéfice de l'exercice le plus ancien. Une créance sur le Trésor naît. Elle est égale au montant du déficit imputé multiplié par le taux de l'I.S. Il s'agit d'un produit non imposable de l'exercice déficitaire. Elle est utilisée par la société pour acquitter l'I.S. exigible au cours des cinq exercices suivants. Le solde existant à ce terme peut être remboursé par le Trésor public. Cette créance est mobilisable selon le procédé Dailly auprès d'un établissement bancaire, ce qui peut constituer une aide pour régler les problèmes de trésorerie des sociétés malades.

Ce dernier point démontre que la gestion de l'I.S. par la société peut être très fine. Grâce à l'I.S., la société peut moduler ses choix en fonction des flux qu'elle maîtrise et de l'image qu'elle entend donner.

726- Ainsi, l'impôt sur les sociétés¹⁷⁰ offre à l'entrepreneur des possibilités d'optimisation fiscale en toute légalité. Ces possibilités sont susceptibles de concourir au renforcement du tissu économique français¹⁷¹. Il y a là peut-être une ambition macro-économique du législateur. Dans le projet de loi de finances pour 2004, apparaît clairement le souci d'améliorer l'attractivité de notre système fiscal¹⁷².

¹⁶⁸ V. sur ce point : J.C.P. éd. E. 2003, act. 256.

¹⁶⁹ Inspiré du système américain du *carry back*.

¹⁷⁰ Auquel s'ajoutent l'envergure et les possibilités d'action de la société commerciale

¹⁷¹ En augmentant les investissements productifs dont la déductibilité dope l'économie et qui ont des effets leviers à terme, avec des retombées notamment fiscales.

¹⁷² V. sur ce point : J.C.P. éd. E. 2003, act. 256.

β. Les faveurs propres aux sociétés d'un groupe

727- La restructuration de secteurs de l'économie a provoqué le regroupement de sociétés que le législateur fiscal ne pouvait pas ignorer. Il devait assurer une neutralité fiscale aux groupes de sociétés¹⁷³. L'I.S. prend en compte la particularité des groupes de sociétés et propose des dispositifs assurant l'uniformité du mode gestion. De plus, elle incite au développement et à la structuration en groupes de sociétés, en favorisant notamment les implantations à l'étranger.

728- *En premier lieu, au plan national*, la particularité des groupes est prise en compte par les régimes des sociétés mères et filiales et de l'intégration fiscale.

Le régime des sociétés mères et filiales, d'abord, est régi par l'article 145 C.G.I. Il offre une option à toute société assujettie à l'I.S. en France. Une société détenant une participation d'au moins 10 % dans le capital d'une autre peut la considérer comme une filiale. Les dividendes reçus par la mère de sa filiale seront exonérés d'I.S. au niveau de la mère, à l'exception d'une quote-part de frais et charges fixés forfaitairement à 2,5 % du total de ces dividendes. Si la mère les redistribue à son tour, elle acquittera le précompte par remise des certificats d'avoir fiscal remis par sa filiale¹⁷⁴.

Il s'agit bien d'un régime de faveur¹⁷⁵. En effet, l'absence de cette exonération pourrait donner lieu à une double imposition¹⁷⁶. Les cascades de sociétés sont ainsi encouragées¹⁷⁷.

729- *Le régime de l'intégration fiscale*¹⁷⁸, ensuite, est régi par les articles 223-A et suivants du C.G.I. Il permet de compenser les bénéfices et déficits des différentes sociétés membres du groupe pour acquitter simplement l'I.S. sur le résultat de cette compensation annuelle. Les conditions d'application sont relativement simples. A la tête du groupe, il faut une société imposable en France à l'I.S. Son capital ne doit pas être détenu, directement ou

¹⁷³ On peut même y voir un des domaines de l'interventionnisme fiscal qui consiste à inciter à la structuration des entreprises. V. en ce sens, ORSINI (G.) *Op. cit.*, p. 128.

¹⁷⁴ Les dividendes reçus d'une société filiale étrangère bénéficient de la même quasi exonération d'I.S. français au niveau de la mère. La retenue à la source éventuellement subie peut s'imputer dans les mêmes conditions sur le précompte.

¹⁷⁵ Le même principe est appliqué dans l'Union européenne (directive du conseil du 23 juillet 1990).

¹⁷⁶ Voire triple ou quadruple imposition si le schéma des sociétés est plus complexe.

¹⁷⁷ Et de cette manière, les manipulations sociétaires effectuées en vue de modifier le mode de détention du patrimoine ne sont pas pénalisées fiscalement. Les effets leviers décrits peuvent être envisagés sans crainte d'un coût fiscal excessif.- Le projet de loi de finances pour 2004, envisageant la suppression de l'avoir fiscal, ne compte pas affecter le traitement fiscal des distributions opérées dans le cadre de ce régime des sociétés mères.

¹⁷⁸ MOINE (P.) *Le régime fiscal des groupes de sociétés. L'intégration fiscale*. EFE diffusion Litec, 1996.- MORGENSTERN (P.) *L'intégration fiscale*. Groupe Revue fiduciaire 2002.

indirectement, à 95 % au moins par une autre personne morale imposable à l'I.S. en France. Elle peut donc être elle-même filiale d'une société française ou étrangère. Le périmètre d'intégration comprend toutes les sociétés qu'elle souhaite inclure et dont elle détient 95 % au moins du capital, directement ou indirectement. L'option doit être exercée pour une durée de cinq exercices avec l'accord exprès de ses filiales¹⁷⁹. Les conditions de sortie de l'intégration sont rigoureuses¹⁸⁰. Le législateur veut éviter que le contribuable n'en use que dans une perspective de profit à court terme.

730- L'intégration fiscale présente des intérêts financiers, puisque le résultat est diminué du montant des déficits. Les abandons de créances et subventions sont neutralisés, ce qui permet des économies d'impôt considérables. Elle présente également des intérêts stratégiques puisque le groupe peut financer l'acquisition d'une société par les bénéfices de cette même société. L'emprunt contracté pour cette acquisition est supporté par le groupe, et les intérêts d'emprunt sont déductibles des bénéfices¹⁸¹. En revanche, le choix de l'intégration est contre-indiqué pour une filiale qui a généré des déficits antérieurement à l'intégration au groupe. En effet, ces déficits ne peuvent s'imputer que sur les bénéfices de la société et non du groupe. L'intégration aurait des conséquences négatives.

731- *En second lieu, des dispositions fiscales tiennent compte des implantations à l'étranger.*

Le régime du bénéfice consolidé¹⁸², d'abord, permet aux sociétés françaises, agréées à cet effet par le Ministère de l'économie et des finances, de retenir l'ensemble des résultats de leurs exploitations directes ou indirectes, qu'elles soient situées en France ou à l'étranger, pour l'assiette de l'I.S. français. Les conditions posées sont rigoureuses. L'obtention de l'agrément est rare. Elle concerne une dizaine de multinationales actuellement. La décision est octroyée

¹⁷⁹ Les exercices sont ouverts et clos à la même date et une déclaration unique devra retracer la synthèse des opérations.

¹⁸⁰ La sortie du groupe n'est possible qu'au delà de 5 ans. La sortie d'une filiale est subordonnée à une déclaration préalable au début de l'exercice, à défaut de quoi elle sera réputée sortie à compter du premier jour de l'exercice de la cause de cette sortie (cession, abaissement du taux de détention, etc.) Toutes les mesures de neutralisation interne au groupe pourront être remises en cause de manière rétroactive. La non-intégration éveille les soupçons de l'administration fiscale.

¹⁸¹ Ce montage qui paraît complexe est pourtant le travail quotidien des notaires et autres conseillers avisés. Ainsi, une personne qui s'apprête à racheter un garage exploité sous forme de S.A.R.L. et financé par un gros emprunt, a besoin d'être conseillée. En effet, si elle se contente de racheter les parts, elle ne pourra pas déduire les intérêts d'emprunt, elle sera doublement imposée sur les revenus (salaire et dividendes) qui servent à acquitter les annuités d'emprunt. Il est possible de lui conseiller de constituer une holding de reprise avec option pour le régime de l'intégration (elle peut alors déduire les intérêts et la holding rembourse l'emprunt.) Cet exemple est proposé par le Professeur Cozian. Une certaine idée de la fiscalité. Art. préc.

¹⁸² Art. 209 quinquies C.G.I.

pour cinq ans. Toutes les filiales contrôlées à 50 % au moins en France et à l'étranger doivent être listées. L'administration se trouve alors face à un contribuable unique qui additionne ses résultats propres à ceux de ses filiales. La somme en résultant sera imposée à l'I.S. avec une imputation possible des impôts acquittés à l'étranger par les filiales. Ce régime de faveur suppose une comptabilité complexe, toutefois assortie de conséquences positives pour la société. En revanche, si la rentabilité des filiales étrangères s'améliore (moins de déficits), elle peut ne pas renouveler son option.

732- Le régime de provision pour implantation à l'étranger, ensuite, est également favorable au développement. Ces provisions sont admises si elles ne contreviennent pas à la règle de libre concurrence posée par les textes communautaires. L'art. 39 octies A à D du C.G.I. distingue l'implantation commerciale de celle industrielle.

L'implantation commerciale est réservée aux sociétés françaises soumises à I.S. La société française, qui crée à l'étranger une filiale de commercialisation dont elle détient au moins un tiers du capital, pendant chacune des cinq premières années, peut pratiquer une provision égale au montant des pertes subies à raison de cette création sans toutefois dépasser le montant du capital investi. Ce sont des provisions réglementées, une sorte de subvention fiscale temporaire. La société devra réintégrer les montants provisionnés en proportion des bénéfices réalisés, ceci intégralement au terme de la 10^{ème} année suivant celle de la réalisation de l'investissement.

L'implantation industrielle autorise une provision qui existe tant pour les B.I.C. que pour l'I.S. Son utilisation est soumise à des conditions draconiennes. Cette rigueur est motivée par des principes communautaires, mais également par la crainte de l'État français d'encourager par ce biais la délocalisation d'industries de main d'œuvre. Ce régime n'est octroyé que sur agrément et ne peut jouer que pour une première implantation dans un état non membre de l'Union européenne. La provision est plafonnée à la moitié des sommes investies au cours des cinq premières années d'exploitation et sa réintégration se fait au cours des cinq exercices suivants. Ce type de mesure offre une consolidation temporaire à l'entreprise, qui peut diminuer son résultat imposable en France des pertes subies à l'étranger pour les premiers exercices. Cette facilité montre l'ampleur de la complexité que l'extranéité introduit dans la détermination du résultat imposable.

L'assujettissement à l'I.S. se révèle également très favorable quant au statut fiscal du dirigeant.

2 – Le traitement fiscal de la rémunération des dirigeants¹⁸³

733- La rémunération qu'un associé tire de ses valeurs sociétaires ne peut en aucun cas être assimilée à des salaires. Elle constitue soit des revenus de capitaux mobiliers, soit des bénéfices industriels ou commerciaux, non commerciaux ou agricoles, dont la taxation intervient également au titre de l'I.R.P.P. mais selon un régime moins favorable¹⁸⁴.

L'associé qui double sa qualité de celle de dirigeant peut, dans certains cas, voir sa rémunération assimilée à celle des salariés. L'étendue des déductions possibles est toutefois un peu plus limitée qu'en matière de traitements et salaires. Cette disposition lève un obstacle à l'option pour l'I.S. s'agissant des petits entrepreneurs.

734- L'article 39-1 al. 1^{er} du C.G.I. dispose que la rémunération des dirigeants de sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés, est qualifiée de salaire « dans la mesure où elle correspond à un travail effectif et n'est pas excessive eu égard à l'importance du service rendu ». Il s'agit d'un véritable avantage, puisque l'entrepreneur qui choisit d'exercer son activité sous la forme sociale, peut, si sa société opte pour l'I.S., voir une partie de ses revenus bénéficier du régime fiscal favorable¹⁸⁵ des traitements et salaires.

Aujourd'hui, la grande majorité des rémunérations versées aux dirigeants relève de cette catégorie. C'est le cas des rémunérations versées dans les S.A. au président du conseil d'administration et au directeur général ainsi qu'aux membres du directoire. Dans une S.A.R.L, depuis le 1^{er} janvier 1997, tous les gérants, mêmes majoritaires, ont le régime fiscal des salariés. Il en est de même enfin pour les gérants commandités des S.C.A. L'administration fiscale a étendu le bénéfice de la mesure aux dirigeants de S.A.S. Restent finalement assujettis aux revenus des capitaux mobiliers, les jetons de présence versés aux administrateurs, ainsi que les rémunérations versées au président du conseil de surveillance d'une S.A.

L'assouplissement du régime des revenus professionnels indépendants est manifeste. Le législateur fiscal adopte une logique d'entreprise, soucieux d'encourager au développement.

¹⁸³ TIXIER (G.) et MAUBLANC (J.-P.) *La fiscalité des dirigeants d'entreprise* Dalloz, 1996

¹⁸⁴ V. *infra* n° 785 et s.

¹⁸⁵ V. *supra* n° 686 et s.

735- Si les rémunérations du dirigeant sont assimilées à des salaires, les conditions de fixation du revenu imposable diffèrent toutefois légèrement. Les dirigeants de sociétés peuvent opérer les déductions des frais réels¹⁸⁶. Ils n'ont pas d'autres choix que de dresser un état détaillé des frais exposés, accompagné des justificatifs. Il leur est, en effet, impossible de bénéficier de l'exonération d'une allocation pour frais professionnels. En effet, l'exonération prévue à l'article 81-1 du C.G.I., s'agissant des allocations destinées à couvrir les frais inhérents à la fonction, aurait pu avantager les dirigeants de société. Ce n'est pas le cas, puisque les remboursements de frais à ces dirigeants sont soumis à l'impôt depuis 1973. Le législateur a voulu éviter que l'attribution d'une allocation forfaitaire exonérée d'impôt ne remplace frauduleusement une augmentation de salaire.

736- En réalité, c'est surtout le statut fiscal du dirigeant d'entreprise qui sera décisif pour l'entrepreneur individuel. Il peut être tentant pour la société d'augmenter la charge de ces salaires des dirigeants, qui sont de surcroît déductibles du résultat imposable. Toutefois, il existe un contrôle des distributions effectuées¹⁸⁷, qui participe de l'idée que la technique des sociétés soumises à I.S., si elle réalise une certaine optimisation fiscale, connaît des limites.

737- En conclusion, la souplesse de gestion de l'impôt sur les sociétés et le statut fiscal des dirigeants sont susceptibles de motiver la constitution d'une société. La technique sociétaire n'est toutefois pas un mode d'optimisation fiscale révolutionnaire. Ce choix est, certes, dans bien des cas pertinent, mais il ne doit pas laisser croire que toutes les manipulations sont permises. Le législateur fiscal veille à ce que l'évasion fiscale ne soit pas trop importante et pose des limites.

B – Les limites de l'optimisation fiscale par l'impôt sur les sociétés

738- Deux séries de limites existent. Toutes les déductions, d'abord, ne sont pas permises, car elles peuvent conduire à éluder l'impôt (1). Des mécanismes sont, ensuite, mis en place par le législateur pour éviter la création de sociétés ayant pour but d'éluder l'impôt en jouant avec les règles de territorialité (2).

¹⁸⁶ L'exemple le plus courant de frais réels est constitué par les frais de transports.

¹⁸⁷ V. *infra* n° 741.

1- Le contrôle de la déductibilité

739- Certaines manipulations du résultat imposable sont communes à toutes les sociétés. Tel est le cas des distributions déguisées (a). Une vigilance particulière affecte les groupes de sociétés (b). Le constat de ces actes anormaux de gestion conduit à une remise en cause de l'optimisation fiscale convoitée.

a. *Le traitement des distributions déguisées*

740- L'administration fiscale veille à ce que la société ne déduise pas des dépenses prohibées à l'occasion de la détermination du résultat imposable. Les sanctions consistent en la réintégration dans le résultat imposable des sommes versées et en une amende fiscale, que les sociétés assument si elles ne révèlent pas l'identité des bénéficiaires. Deux sortes de déductions attirent l'attention : les rémunérations et les dépenses excessives.

741- En *premier lieu*, les *rémunérations excessives*¹⁸⁸ intéressent plusieurs hypothèses.

Il s'agit, d'abord, de *la rémunération excessive des dirigeants*. Cette situation est fréquente dans une société dirigée par son fondateur détenant la majorité du capital. Une rémunération excessive est dépourvue de pertinence¹⁸⁹. L'article 39-A-1^o du C.G.I. admet en déduction du résultat les seules rémunérations correspondant à un travail effectif. Elles ne doivent pas être excessives eu égard à l'importance du service rendu. Dans le cas contraire, la rémunération peut être requalifiée de bénéfice imposable pour la société. Pour le dirigeant, la même somme sera requalifiée de revenus de capitaux mobiliers, sans pouvoir bénéficier de l'avoir fiscal. L'administration fait preuve du caractère excessif par référence à un échantillon de dirigeants d'entreprises comparables. Elle s'appuie également sur l'évolution des résultats de la société qui ne justifie pas le montant des rémunérations versées¹⁹⁰.

742- Les *jetons de présence*, ensuite, ne sont pas tous déductibles. C'est le cas de la fraction de la rémunération des administrateurs de société, qui excède le plafond de

¹⁸⁸ Pour les autres contrôles que le dirigeant d'entreprise peut subir, v. également : KORNPROBST (E.) *Procédures fiscales et patrimoine du dirigeant d'entreprise*. Litec, 2000.

¹⁸⁹ Le caractère excessif s'apprécie au regard des services rendus. Conseil d'Etat, 23 janvier 2002. Dr. fiscal 2002, comm. 382, concl. AUSTRY (S.)

¹⁹⁰ Dans certains cas, une distribution de dividendes est plus intéressante qu'une augmentation de salaire. Elle n'a pas la rigidité des salaires car elle s'adapte à la santé de l'entreprise et son traitement fiscal est favorable grâce à l'avoir fiscal.

déductibilité fixé par l'article 210 *sexies* du C.G.I.¹⁹¹ Le rôle des administrateurs évolue actuellement dans les sociétés françaises. Leur mission concernant la gestion de la société est accrue. Toutefois, le statut fiscal reste le même. Ainsi, la fraction des jetons versée en excédent est maintenue dans le résultat imposable de la société et imposée comme un bénéfice. Elle est distribuée à l'actionnaire sans octroi de l'avoir fiscal.

743- *En second lieu*, la déduction est impossible s'agissant de certaines dépenses excessives. L'article 39-4 du C.G.I., d'abord, vise les dépenses somptuaires. La déduction est impossible pour les dépenses ayant trait à l'exercice de la chasse et la pêche non professionnelles, les résidences d'agrément ou les bateaux de plaisance.

744- Un régime d'imposition plus favorable peut motiver l'adoption d'une nouvelle forme de société. Il convient là encore d'être prudent puisque le spectre de l'abus de droit¹⁹² plane alors sur la transformation de société.

745- Il est plus difficile, enfin, de repérer un acte anormal de gestion¹⁹³. Ces dépenses, injustifiées dans leur principe ou exagérées dans leur montant, sont réintégrées dans le résultat imposable. Le bénéficiaire est, en outre, imposé sur l'avantage indûment retiré. Un exemple d'acte anormal de gestion consiste en la renonciation à profits dans une société sœur ou mère. Cette illustration montre combien les relations internes aux groupes de sociétés sont propices à l'évasion fiscale et doivent faire l'objet de vigilance.

b. *La surveillance des relations internes au groupe*

746- Les relations des sociétés d'un même groupe sont propices aux montages d'optimisation fiscale parfois prohibés. Le législateur a mis en place des régimes fiscaux favorables à cette structuration¹⁹⁴. Leur non-adoption éveille les soupçons de l'administration

¹⁹¹ C'est-à-dire 5 % du produit obtenu en multipliant la moyenne des rémunérations déductibles attribuées au cours de cet exercice aux salariés les mieux rémunérés de l'entreprise par le nombre de membres composant le conseil.

¹⁹² COZIAN (M.) *Transformation de société et abus de droit*. In *Les grands principes...* Op. cit., p. 67 et s. Cass. com., 10 décembre 1996. Defrénois 1997, art. 36648, p. 1127, note CHAPPERT (A.)

¹⁹³ L'acte anormal de gestion est la voie la plus fréquemment retenue par l'administration fiscale, afin de contrer l'optimisation fiscale jugée exagérée. La notion sert en effet à l'occasion d'autres montages fiscaux. V. *supra* n° 680 note de bas de page 25. Elle recouvre de plus nombreuses hypothèses que l'abus de droit.

¹⁹⁴ V. *supra* n° 727 et s.

fiscale. D'autres circonstances sont surveillées comme les transactions commerciales et les aides financières dans le groupe.

747- En premier lieu, les *transactions commerciales* font l'objet de vérifications. L'administration s'assure que les conditions du marché sont respectées¹⁹⁵. Chaque société doit pouvoir justifier des raisons commerciales normales et des rabais consentis. La requalification d'acte anormal de gestion est encourue. Le juge a admis une certaine souplesse en consentant la facturation à prix coûtant des produits ou services à ses filiales. Le cadre redevient toutefois rigoureux lorsque ces opérations se situent dans un cadre transnational. Elles sont marquées par le soupçon du prix de transfert¹⁹⁶.

748- En second lieu, les *aides financières* sont soumises à contrôle. Les actes illicites et anormaux de gestion sont recherchés. Le régime des abandons de créance est particulièrement surveillé¹⁹⁷. La déductibilité du montant y correspondant doit être justifiée, par exemple par son caractère commercial. Il peut encore être motivé par le dessein de conserver une relation privilégiée ou de permettre la survie d'un client générateur de débouchés.

L'abandon de créance à caractère financier s'analyse comme une subvention. La déductibilité pour la mère est une faveur fiscale accordée aussi longtemps que la situation nette de la filiale demeure négative¹⁹⁸. La créance abandonnée est imposable chez la fille. L'abandon de créance n'est pas pris en compte pour la détermination du résultat imposable de la société débitrice, à la condition qu'elle s'engage à augmenter sous deux ans son capital au profit de la société créancière pour un montant égal à l'abandon qui lui a été consenti. La dimension capitaliste de l'opération est prise en compte dans des conditions fiscales intéressantes.

Les montages de sociétés sont soumis à une haute surveillance fiscale. Un exemple récent de caractérisation d'une société fictive met en scène la recherche d'optimisation fiscale par le régime des groupes de sociétés. La Cour d'appel administrative de Paris a considéré qu'il y a abus de droit dans la création d'une société en participation entre une société mère et

¹⁹⁵ En particulier le prix du marché.

¹⁹⁶ Dans ce cas, l'art. 57 C.G.I. permet au fisc de rapatrier la marge imposable en France V. *infra* n° 755.

¹⁹⁷ COZIAN (M.) *Les abandons de créances*. In *Les grands principes...* Op. cit., p. 420. - V. pour un exemple récent : Conseil d'État, 23 novembre 2001. R.J.F. 2002, n° 2, p. 136. Acte anormal de gestion dans les relations entre une société mère et sa filiale.

¹⁹⁸ Art. 216-A C.G.I.

sa filiale s'il apparaît qu'elle a pour seul but de transférer des bénéfices de la mère vers la fille¹⁹⁹.

Cette surveillance est accrue lorsque le groupe est international.

2 - La surveillance des montages sociétaires axés sur la territorialité²⁰⁰

749- La notion de territorialité est traditionnellement associée à l'idée d'optimisation fiscale. La société présente, à cet égard, un intérêt dans la mesure où son siège social peut être fixé dans un pays à fiscalité privilégiée. L'étude des conditions d'application territoriale de l'I.S. (a) est l'occasion d'apprécier l'opportunité de cette stratégie fiscale. Le législateur veille toutefois à prévenir le jeu des paradis fiscaux (b).

a. Les conditions d'application territoriale de l'I.S.

750- Le législateur délimite le territoire d'application de l'I.S. Les règles posées s'effacent devant une convention internationale²⁰¹.

En l'absence de convention internationale, d'abord, l'article 209-1 du C.G.I. fixe le principe. Il est à la fois rigide et surprenant. En effet, la conception française décide de n'appréhender que le bénéfice directement lié à l'activité déployée sur le territoire français. Pour chaque société, il faut distinguer les résultats liés à son activité sur le sol français et ceux liés à une activité étrangère. La règle s'applique aux contribuables français et étrangers sans distinction. Il s'agit d'une règle originale par rapport aux autres Etats, qui se réfère au contribuable établi dans l'Etat et l'impose sur l'ensemble de son résultat quel que soit le territoire de réalisation.

Un alignement de la conception française sur les conceptions dominantes est à l'ordre du jour²⁰². En attendant, le juge fiscal a développé plusieurs notions pour pouvoir appliquer ce principe. C'est le cas de la notion d'établissement²⁰³, de filiale²⁰⁴, de représentant²⁰⁵ ou encore

¹⁹⁹ CAA PARIS, 2 octobre 2001. R.J.F. 2002, n° 6, p. 502.

²⁰⁰ Pour des développements généraux et complets concernant la territorialité, v. OUDENOT (P.) *Fiscalité approfondie des sociétés*. Litec, 2000, p. 71 et s.

²⁰¹ Conformément à l'art. 55 de la Constitution française.

²⁰² CASTAGNEDE (B.) Evolution et cohérence des règles de territorialité de l'impôt sur les sociétés. R.F. fin. pub. 1999, n° 68, p. 277 et s.

²⁰³ Il se définit comme l'installation matérielle plutôt durable qui abrite les réalisations d'opérations économiques destinées à générer des profits. Ces établissements constituent un centre de profit autonome qui dégagera des résultats identifiables séparément de ceux réalisés par l'entreprise mère.

²⁰⁴ En effet, il peut s'agir d'un comptoir de vente ou même d'un chantier.

de cycle commercial complet à l'étranger²⁰⁶. Il résulte de cette construction jurisprudentielle que le bénéfice est imposable en France si l'entreprise étrangère l'y a réalisé et que le bénéfice est imposable à l'étranger si c'est là que l'entreprise française l'a réalisé.

751- Lorsqu'il existe des conventions bilatérales, ensuite, un résultat similaire est atteint. Leur souci principal est de lutter contre la double imposition. La tâche est difficile, car les situations sont multitudes, inédites et complexes. En particulier, les collectivités fédérées ont parfois un pouvoir autonome d'imposition des bénéfices reconnu par la constitution fédérale. Rien ne les empêche de créer leur propre imposition en contradiction avec la convention internationale ratifiée par l'État fédéral²⁰⁷. La notion d'établissement stable est le critère retenu dans la plupart des conventions. Elle est attributive de la recette fiscale à son état d'implantation. La plupart des conventions s'accordent à reprendre la définition O.C.D.E.²⁰⁸

Ces conventions restent toutefois moins efficaces en matière de lutte contre l'évasion fiscale que le législateur national.

b. La lutte contre l'évasion fiscale territoriale

752- L'excès d'optimisation fiscale des sociétés est redouté par les États, qui éprouvent des difficultés à lutter contre le concert orchestré. L'évasion fiscale peut s'organiser de deux manières : soit par la simple installation du siège social dans un paradis fiscal, soit par le transfert de fonds vers un paradis fiscal.

753- Une chasse aux paradis fiscaux est, d'abord, organisée²⁰⁹.

En effet, l'implantation du siège social dans un pays à fiscalité privilégiée peut faire échapper un résultat à l'impôt en France. Les États eux-mêmes sont rivaux du fait de la compétition économique mondiale. Cette concurrence perturbe l'action contre les paradis

²⁰⁵ Il s'agit d'un établissement à lui tout seul, même s'il est un préposé, agissant pour le compte de l'entreprise mère, dans l'État étranger où il doit être distingué. Sorte de commissionnaire ou importateur, il a une certaine autonomie.

²⁰⁶ Elle correspond à un ensemble d'opérations commerciales qui s'enchaînent pour former une activité complète dans un autre État. L'axe le plus fréquent est celui achat-revente. Il doit avoir été effectué à l'étranger dans son intégralité pour échapper à l'I.S. français. Si la gestion des opérations est assurée depuis la France, le juge refusera de dégager ce cycle commercial de l'orbite fiscale française.

²⁰⁷ C'est le cas, par exemple, aux États-Unis d'Amérique.

²⁰⁸ Une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité. Cette définition se rapproche de la notion d'établissement du juge fiscal français.

²⁰⁹ V. l'ouvrage, aujourd'hui vieilli de BEAUCHAMP (A.) *Le guide mondial des paradis fiscaux*. Girasset, 1992. Plus récemment : DUHAMEL (G.) *Les paradis fiscaux*. Giranger, 1999. *Paradis fiscaux et opérations internationales*. Ed. Francis Lefebvre, 1999.

fiscaux²¹⁰. Les méthodes consistent principalement à renverser la charge de la preuve en obligeant le contribuable national à prouver que le flux financier à destination du paradis fiscal est en situation fiscale régulière.

754- La France a adopté dans cette optique quatre grandes mesures dont deux reflètent particulièrement bien la forme que revêt cette lutte fiscale²¹¹.

L'article 238 A du C.G.I. pose un principe de présomption du caractère fictif de toute rémunération versée dans un état à fiscalité privilégiée²¹². Cette présomption de fictivité s'applique à des rémunérations de prestations de service, mais également à des redevances, etc. Ces dépenses ne peuvent venir en charges déductibles du résultat imposable en France que si le débiteur apporte la preuve que « les dépenses correspondent à des opérations réelles et ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré ».

L'article 209 B du C.G.I., quant à lui, commande l'imposition en France des résultats d'une filiale implantée dans un paradis fiscal. C'est une exception au principe de territorialité et d'exonération des dividendes d'une société mère par rapport aux filiales. Un montage précis est ainsi évité : l'installation d'une filiale dans un paradis fiscal à vocation purement financière. Elle collecte des dividendes, des intérêts, les fruits d'une participation, et, après soumission à imposition symbolique, elle les fait remonter à la société mère en exonération de tout droit. Ces dispositions législatives s'y opposent dès lors que la filiale est contrôlée à hauteur de 10 % ou que le prix de revient de la participation représente au moins 22.800.000 euros. Pour des raisons diplomatiques, le dispositif prévoit l'imputation de l'impôt déjà acquitté dans le pays de la filiale sur l'impôt dû en France, ceci dans la mesure où l'impôt est comparable à l'I.S. et dans la proportion de la participation détenue par la société mère.

La possibilité d'échapper à la présomption d'évasion subsiste s'il est prouvé que la société a, principalement, une activité industrielle et commerciale effective et réalise ses opérations de façon prépondérante sur le marché local. Les deux conditions sont difficiles à satisfaire car la production est rarement écoulee sur le marché local.

755- Une chasse aux prix de transfert est menée, ensuite.

²¹⁰ Certains pays n'hésitent pas à conclure des conventions avec des pays à fiscalité privilégiée au nom de liens historiques. V. par exemple Pays-Bas et Antilles néerlandaises.

²¹¹ Deux autres mesures viennent renforcer le dispositif. C'est le cas de la taxe sur la valeur vénale des immeubles (v. *infra* n° 920), et de l'imposition en France des sociétés d'artistes (art. 155-A C.G.I.)

²¹² C'est-à-dire un État dont le niveau d'imposition des bénéfices est inférieur d'au moins un tiers à l'imposition française équivalente.

En effet, il existe des techniques de délocalisation de la marge bénéficiaire vers un territoire moins imposé. Un groupe de sociétés multinationales y procède, soit en obligeant une filiale de production à vendre à bas prix ses produits à une société sœur installée dans un pays à fiscalité privilégiée, soit en interposant une filiale implantée dans un paradis fiscal qui achète bon marché à la filiale de production, mais revend cher dans un autre état à la filiale de commercialisation. Ce sont les relations à l'intérieur du groupe de sociétés à caractère international qui permet cette optimisation fiscale abusive.

756- La défense est organisée par la législation nationale et l'O.C.D.E.

En France, l'article 57 du C.G.I. offre une parade au transfert indirect de bénéfices. Il s'agit d'établir un lien de dépendance entre la société française et celle étrangère, qui se contrôlent en droit ou en fait²¹³. Il faut prouver qu'il y a eu un transfert de bénéfice au profit d'un partenaire étranger. Ce dernier peut prendre la forme d'achat à prix majoré, de vente à prix minoré, de rémunération anormale de prestation de service, voire de prestation gratuite de service. Il s'agit de situations de fait donnant lieu à des interprétations conflictuelles entre l'administration et le contribuable. La preuve s'établit généralement par comparaison des circonstances avec des sociétés similaires.

757- L'O.C.D.E. intervient également, car le procédé devient dangereux pour l'économie à l'échelle mondiale. Sa méthode consiste principalement à établir des prix de référence pour apprécier s'il y a ou non transfert. La logique de répression implique un problème de double imposition. L'O.C.D.E. invite les Etats à procéder à un ajustement. Elle suggère de les traiter comme une distribution de bénéfice qui subit une imposition à la source, imputable sur l'impôt dû dans l'état d'arrivée. L'Union Européenne est intervenue le 23 juillet 1990 dans une convention multilatérale pour inciter les Etats de l'Union à lutter contre l'évasion fiscale tout en échappant à toute double imposition. La dernière intervention du droit communautaire en la matière concerne la concurrence fiscale excessive entre les Etats membres et vise à instituer un contrôle des aides d'Etat²¹⁴.

²¹³ La preuve est inutile à rapporter si la société étrangère est située dans un paradis fiscal.

²¹⁴ V. sur ce point : MEIER (E.) et PERROT (T.) Les aides d'Etat comme instrument de lutte contre la concurrence fiscale dommageable : la pierre philosophale ? Dr. fiscal 2002, p. 136 et s.

758- *En conclusion*, la constitution d'une ou plusieurs sociétés²¹⁵ soumises à I.S. est susceptible sinon de minorer les prélèvements fiscaux, au moins d'aménager l'imposition. Une certaine paix fiscale est offerte, parfois sur option, à ces revenus. La société constitue donc, dans les limites des évasions fiscales non proscrites, une technique d'optimisation fiscale des produits d'activité. L'atout de l'I.S. est notamment sa gestion souple²¹⁶ s'adaptant à des objectifs civils et des stratégies financières²¹⁷. Le choix d'une forme sociale peut donc être commandé par des raisons fiscales. Par exemple, s'agissant d'un professionnel libéral, la S.E.L.²¹⁸ bénéficie de l'imposition à l'I.S.²¹⁹ L'inconvénient majeur d'une telle option reste la non déductibilité des intérêts de l'emprunt contracté pour l'acquisition des valeurs sociétaires²²⁰. Le choix entre différentes formes sociales influe sur le mode d'imposition.

759- Un tel constat corrobore le constat de technicité de la société, mais interroge sur la notion d'égalité devant l'impôt²²¹. Le principe énoncé à l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen semble ébranlé. En effet, la souplesse du processus d'imposition pour les sociétés est remarquable. Certes, l'impôt résulte avant tout d'un processus démocratique. Les relations entre le fisc et l'administré ne sont toutefois pas directes. Le système a pu générer certaines discussions²²², mais pas de négociations²²³.

²¹⁵ Dans le cadre de montages.

²¹⁶ Ainsi, la liberté des écritures du bilan, la détermination des charges, la gestion des déficits sont autant d'outils de manipulation du résultat imposable, dont les salariés ou les professionnels libéraux ne profitent pas.

²¹⁷ En effet, certaines décisions sont arbitrées parfois par l'impôt. Ainsi, la société pourra décider de fixer un résultat faible en vue de l'obtention de subventions des pouvoirs publics ou au contraire essayer de séduire l'actionnariat ou le banquier en déterminant un résultat fort. Ce constat n'est pas rassurant à l'heure où la sincérité des comptes et leur fidélité sont âprement discutés. Si même la fiscalité incite à la manipulation du résultat, comment enrayer le dérapage mathématique et comptable ?

²¹⁸ De même que L'E.U.R.L. d'exercice libéral qui présente de grands atouts pour le professionnel comme l'optimisation fiscale et l'exercice individuel de sa profession. VIDAL (D.) L'E.U.R.L. d'exercice libéral : an II. Dr. sociétés février 2000, p. 1.

²¹⁹ Contrairement à la S.C.P.

²²⁰ RENAULT (O.) Acquisition de droits sociaux et non déductibilité des intérêts d'emprunt -- de l'inégalité des contribuables face à l'acquisition du patrimoine professionnel. J.C.P. éd. N. 1998, p. 627.- GOUYET (R.) Le choix de la S.E.L. comme mode d'exercice de l'activité libérale. Petites Affiches 12 avril 2000, n° 73, p. 4.- DAIGRE (J.-J.) La SELARL unipersonnelle. Bull. Joly 2000 § 51, p. 255.- SAINTOURENS (B.) La consécration législative des sociétés d'exercice libéral sous forme d'E.U.R.L. Defrénois 1999, art. 37067.

²²¹ V. en ce sens MIGNON (E.) Territorialisation de la fiscalité : le juge peut-il sauver le principe d'égalité ? R.J.F. 1999, n° 7, p. 511 et s. L'auteur évoque le cas des zones d'exception fiscale et commente les décisions du Conseil d'Etat du 19 mai 1999.

²²² Dans une certaine mesure, on a pu assister à des négociations de « marchands de tapis » s'agissant par exemple de l'évaluation forfaitaire des bénéfices. V. dict. perm. droit rural. Fasc. Bénéfices agricoles, n° 236 et s. s'agissant du forfait collectif. Art. 64 et s. C.G.I.

²²³ Certains sont même allés jusqu'à démontrer sur ce fondement qu'il devait donc exister une possibilité de négociation de son statut avec l'administration (V. l'auteur controversé : MARTINEZ (J.-C.) Le statut du contribuable, L.G.D.J., 1980). La négociation, s'agissant de la préservation d'un intérêt général, n'a pourtant pas sa place. Elle est susceptible de rompre l'égalité devant l'impôt. C'est une atteinte aux principes républicains.

Néanmoins, le législateur²²⁴ adopte des mesures incitant le contribuable à effectuer des choix entre des règles existantes²²⁵. Il est ainsi possible d'optimiser son résultat fiscal en matière d'I.S. Les salariés sont dans une position, vis-à-vis de l'administration fiscale, nettement moins favorable que les sociétés. Ces dernières jouissent d'un certain libéralisme fiscal. Elles peuvent choisir leur impôt²²⁶, déterminer librement leur résultat imposable en jonglant avec les paramètres créés par le législateur. Il s'agit de véritables outils d'optimisation fiscale, à la mise en œuvre desquels la technique sociétaire n'est pas étrangère. En contrepartie de ces faveurs, il est attendu des sociétés qu'elles jouent le rôle de « démultiplicateur du développement de la richesse économique et sociale » (et donc fiscale...)²²⁷.

760- L'imposition des produits du patrimoine jouit de moins d'attention législative. La recherche d'optimisation fiscale n'en est que plus vive. La technique sociétaire y trouve sa place. Elle est utilisée non pas comme technique de structuration, mais comme cible du placement patrimonial effectué.

²²⁴ Peut-être sous la pression de la mondialisation et au-delà de toute idéologie ou discours électoraux.

²²⁵ Aux Etats-Unis, la notion de négociation est intégrée. En France, la transaction existe en droit douanier, au niveau des amendes applicables. Mais à aucun moment, il n'est possible de négocier les règles juridiques de base. Le seul exemple connu est celui d'une des plus grosses fortunes de France à la tête d'un groupe industriel mondial (L'Oréal), qui aurait négocié les conditions de la transmission de son patrimoine à sa fille. Cette exception ne peut se justifier qu'au nom de l'intérêt général que la France y trouvait, et notamment la volonté de ne pas porter atteinte à la pérennité de l'entreprise. La négociation ne concerne pas le Français moyen.

²²⁶ GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.) Sur le caractère volontaire de l'assujettissement des sociétés à l'impôt. In *Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg*. Bruxelles /Bruylant 2000, p. 417 et s.

²²⁷ MARCHESSOU (P.) et GROSCLAUDE (J.) Art. préc. Les auteurs voient finalement dans ce constat un problème très politique : faut-il dans l'intérêt général accorder ce rôle à l'Etat ou aux entreprises (et donc au marché) ?

SECTION 2

L'optimisation fiscale des produits du patrimoine

761- La configuration de l'épargne des Français évolue. Après une baisse dans les années 80, le taux d'épargne s'est redressé. Au total, le patrimoine des Français a plus que doublé depuis 1970. La progression de l'épargne financière est significative, mais elle profite surtout à des produits d'épargne réglementés ou à l'assurance-vie²²⁸. Après une ferveur aussi intense que brève, les placements en valeurs mobilières sont relégués au profit de placements plus sûrs²²⁹.

762- L'étude de la répartition des produits du patrimoine des ménages fait apparaître une inégalité²³⁰. La fiscalité pourrait en tenir compte, conformément à sa fonction de redistribution. En réalité, elle est peu « redistributive »²³¹. De même, sa fonction économique est faiblement perceptible²³². En effet, elle oriente trop peu l'épargne vers les fonds propres des entreprises²³³. C'est un frein²³⁴ à l'actionnariat populaire qui pose des problèmes de financement aux sociétés.

763- L'optimisation fiscale des produits du patrimoine consiste donc en un arbitrage de placements²³⁵. Le contribuable ne manque pas d'opter pour l'épargne la plus faiblement

²²⁸ Il existe un certain nombre de régimes spéciaux créés pour favoriser l'épargne et totalement indépendants de la technique sociétaire. Ils mettent en place une série d'exonérations. C'est le cas, par exemple, pour les intérêts des sommes inscrites sur livret A dans la limite de 15.000 euros, sur CODEVI dans la limite de 4.600 euros ou pour les rémunérations des livrets d'épargne populaire. Les taux d'intérêt de ces produits sont toutefois très bas et les produits du patrimoine sont alors faibles. Les P.E.L., C.E.L., P.E.P. et P.E.E. sont également l'objet de régimes spéciaux. L'optimisation fiscale consiste donc pour le contribuable à user en priorité de ces produits pour les petits placements, puis éventuellement d'opter pour le prélèvement libératoire s'il se trouve dans des tranches d'imposition plus élevées que ce dernier.

²²⁹ La progression des portefeuilles d'actions et autres participations dépend de la forte valorisation des cours de bourse.

²³⁰ V. en ce sens 17^e rapport du Conseil des impôts sur la fiscalité des revenus de l'épargne, 1999, p. 31 et s.

²³¹ Le rapport sus-visé conclut même que la fiscalité conduit à creuser certaines inégalités. V. p. 129 et s.

²³² Même si un manque de lisibilité lui est reproché. V. *Ibidem*, p. 145 et s.

²³³ La prise de conscience est pourtant là, ainsi qu'en témoigne par exemple la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique qui tente de drainer des capitaux d'investisseurs par le biais de F.C.P. par exemple.

²³⁴ La réforme de la fiscalité du patrimoine devrait tenir compte des deux formes d'impôt qu'il subit. Le patrimoine subit l'impôt dans sa production puisque les revenus qu'il génère sont taxés, mais également sur le seul fondement de son existence et donc sur sa valeur propre.

²³⁵ LEHMANN (P.J.) L'influence de la fiscalité de l'épargne sur les placements en France. R.F. fin. pub. 2000, n° 72, p. 63 et s.

imposée²³⁶. La société est une technique d'optimisation fiscale que le patrimoine productif soit immobilier ou mobilier²³⁷.

Elle agit, d'abord, en tant que structuration du patrimoine épargné²³⁸ (paragraphe 1). En s'intercalant entre le patrimoine productif de revenus et leur destinataire final, elle modifie les modalités d'imposition. Son opportunité est valable pour le patrimoine, tant immobilier que mobilier²³⁹.

La société présente, ensuite, un intérêt en tant qu'émetteur des revenus (paragraphe 2). Pour l'épargnant, elle peut être source de fructification²⁴⁰. A cet intérêt financier s'ajoute parfois un intérêt fiscal, puisque l'imposition des revenus des capitaux mobiliers est, dans certaines hypothèses, plus clémente.

Paragraphe 1 – La société, structuration fiscale du patrimoine productif

764- La technique sociétaire s'intercale entre le contribuable et le patrimoine productif de revenus. Au lien direct, fondé généralement sur un droit de propriété, est substitué un nouveau mode de détention. Cette substitution est particulièrement manifeste s'agissant d'un patrimoine immobilier. L'immeuble est en quelque sorte « dématérialisé » par la technique sociétaire²⁴¹. Cette structuration a une incidence fiscale si le législateur tient compte de la personnalité morale qui s'est intercalée. La question est donc de savoir si la personnalité fiscale est reconnue et quel est alors son effet optimisant sur l'impôt.

Une distinction s'opère suivant que la société est transparente (A) ou soumise à I.S. (B).

²³⁶ Les principales faveurs sont accordées à la participation des salariés, à l'épargne longue investie en actions, en faveur de la gestion « intermédiée » des valeurs mobilières, en faveur de l'épargne de risque et l'innovation, en faveur des P.M.E./P.M.I. et la création d'entreprise et enfin de certains secteurs d'activités et de zones géographiques.

²³⁷ On dénomme communément ces produits, revenus fonciers et revenus de capitaux mobiliers.

²³⁸ Cette structuration est possible tant en ce qui concerne les revenus immobiliers (la S.C.I par exemple) que les revenus mobiliers (les sociétés civiles de portefeuille par exemple).

²³⁹ S'il est davantage usité dans le domaine immobilier, ce mécanisme d'optimisation fiscale est identique quelle que soit la cible du placement. Il a fait l'objet de davantage de développements s'agissant de l'immobilier.

²⁴⁰ V. *supra* n° 592 et s.

²⁴¹ C'est sans doute pour cette raison que la bibliographie concernant les intérêts fiscaux de la structuration sociétaire du patrimoine concerne avant tout les immeubles. Les écrits sur les sociétés civiles immobilières sont trois fois plus importants que ceux consacrés aux sociétés civiles de portefeuille de valeurs mobilières.

A – La quasi-neutralité fiscale des sociétés transparentes

765- La définition des sociétés transparentes a déjà été évoquée à l'occasion des produits d'activité²⁴². L'absence de personnalité fiscale entraîne un constat identique. La société, dans cette hypothèse, ne présente pas d'atout en terme d'optimisation fiscale. Cette dernière se construit sur des stratégies non sociétaires. L'affirmation se vérifie tant dans le domaine immobilier (1) que mobilier (2).

1 – En matière immobilière

766- L'immeuble est le patrimoine productif le plus fréquemment organisé en la forme sociétaire. Ainsi, les S.C.I. peuplent notre paysage juridique²⁴³. L'administration refuse toutefois la personnalité fiscale à certaines de ces sociétés. La fiscalité des produits du patrimoine ainsi organisé n'en est pas forcément alourdie²⁴⁴.

767- La négation de la personnalité fiscale intéresse les sociétés dont l'objet est d'accorder à leurs associés la jouissance de la fraction d'immeuble correspondant à leurs droits sociaux (art. 1655 *ter* C.G.I.). Elle est étendue par la jurisprudence aux S.C.I.²⁴⁵, et notamment aux sociétés dont l'activité est de donner en location (non meublée) les immeubles leur appartenant. Ces sociétés sont qualifiées de semi-transparentes. Les associés sont traités fiscalement comme s'ils étaient directement propriétaires²⁴⁶ des locaux dont ils ont la

²⁴² V. *supra* n° 691 et s.

²⁴³ Elles sont vulgarisées juridiquement mais rarement judicieusement employés.

²⁴⁴ Mais il faut bien en conclure que la structuration sociétaire est retenue pour d'autres raisons.

²⁴⁵ V. *supra* n° 693.

²⁴⁶ Les règles de détention directe de l'immeuble sont assez simples. Lorsqu'il s'agit d'une personne physique, la personne imposable est le propriétaire de l'immeuble, qu'il appartienne en propre au contribuable, à son conjoint ou aux personnes à sa charge, dès lors que leurs revenus sont imposables avec les siens. En cas d'indivision, chacun est imposable pour sa part de revenus fonciers correspondant à sa quote-part dans l'indivision. En cas de démembrement, seul l'usufruitier qui recueille les fruits produits par le bien immobilier, est imposable. Le nu-propriétaire n'a rien à déclarer mais il peut déduire des charges. (Cette règle éclaire certaines stratégies fiscales qui consistent à démembrement la propriété d'un immeuble et donner l'usufruit de manière temporaire à une association d'intérêt public. Cela permet au contribuable de faire sortir les revenus fonciers de son patrimoine, tout en conservant la nue-propriété, voire la possibilité de recouvrer des revenus au terme de l'usufruit. Cette gratification bénéficiant à l'association peut donner lieu, de surcroît, à réduction d'impôt dans une certaine limite). Si néanmoins, ce dernier percevait des sommes (en l'absence de tout acte constatant l'abandon de loyer), elles relèveraient de la catégorie des B.N.C. (profits se renouvelant régulièrement v. art. 92 C.G.I.) concernant son imposition, mais continueraient d'être imposables également au titre l'impôt foncier chez l'usufruitier. Il y aurait double imposition.

jouissance. Le revenu perçu par l'associé personne physique est alors imposé comme un revenu foncier. La constitution d'une société civile immobilière ayant pour objet de gérer un patrimoine immobilier relève donc de la fiscalité des ménages.

768- En effet, si la société n'est pas imposable à l'I.S.²⁴⁷, les résultats sont déterminés au niveau de la société puis répartis entre les associés en proportion de leur participation au capital. Ils sont ensuite imposés au nom de chaque associé²⁴⁸.

Des intérêts subsistent²⁴⁹. Le volume du patrimoine immobilier détenu par la société peut les rendre non négligeables²⁵⁰. Ainsi, la possibilité de déduire les intérêts d'emprunt doit être mentionnée, de même que les frais de réparation et même modernisation de l'immeuble, les taxes foncières et les frais de gérance, les frais de gestion et d'amortissement. Les frais d'acquisition de l'immeuble ne sont pas en revanche déductibles. Si les résultats de la société sont déficitaires, chaque associé a vocation à imputer la quote-part de déficit qui lui revient, soit immédiatement s'il bénéficie d'autres revenus fonciers, soit de manière échelonnée sur les revenus fonciers à venir. La jurisprudence a toutefois refusé d'étendre aux S.C.I. les possibilités de réduction d'impôt liées aux dépenses afférentes à l'habitation principale²⁵¹.

769- Toutefois, certaines constitutions de S.C.I. sont à haut risque fiscal²⁵². Le contribuable peut être tenté de constituer une S.C.I. pour acquérir sa résidence habituelle afin de déduire les intérêts d'emprunt et les dépenses d'entretien, réparation et d'amélioration²⁵³. Dans un tel schéma, un contrat de bail est conclu entre la société et le contribuable. Dans sa déclaration de revenus fonciers, la société impute sur les loyers la totalité des intérêts d'emprunt pendant toute la durée du prêt. En outre, elle déduit les dépenses de travaux, etc. Si ces imputations entraînent un déficit foncier, ce dernier peut, du fait de la semi-transparence de la S.C.I., remonter jusqu'à l'associé. Il le déduit alors d'autres éventuels revenus fonciers

²⁴⁷ Il faut noter toutefois que si l'associé est une personne morale assujettie à l'I.S., le revenu foncier sera assimilé à un bénéfice de la société et imposé comme tel. V. CHAUVIN (G.) Immobilier d'entreprise : propriété de la société commerciale ou d'une S.C.I. J.C.P. 1988, doctr. n° 3320.

²⁴⁸ Il faut préciser que la société qui met gratuitement à disposition d'un de ses associés un logement dont elle est propriétaire, effectue une réserve de jouissance à son profit non déclarable dans les recettes brutes de la société. La conséquence corrélatrice est la non déduction des charges afférentes à ce logement des revenus de la société.

²⁴⁹ COZIAN (M.) Le charme discret des sociétés civiles immobilières. In *Les grands principes...Op. cit.*, p. 305 et s.- Pour une étude d'ensemble : WALET (P.) Société civile de gestion de patrimoine immobilier. J.-Cl. Sociétés 1998, fasc. 190-20.

²⁵⁰ V. pour l'indépendance fiscale des patrimoines privés et professionnels : Conseil d'Etat, 8 juillet 1998. J.C.P. éd. N. 1999, p. 510, note GARCON (J.P.)

²⁵¹ V. Conseil d'Etat, 8 septembre 1999. Dr. fiscal 2000, n° 39, comm. 714. Cl. GOULARD (G.) C'est un refus d'extension de la jurisprudence « Monvoisin » en matière de plus-value. V. *infra* n° 837 note de bas de page 70.

²⁵² FERNOUX (P.) S.C.I. : les risques d'abus de droit. Droit et patrimoine, juin 1995, p. 20.

²⁵³ Rappelons qu'en l'absence de S.C.I., les possibilités de déductions sont réduites par l'art. 15-II du C.G.I.

et peut même le reporter sur le revenu global pour la part des charges ne correspondant pas aux intérêts d'emprunt. Ce montage séduisant a été invariablement sanctionné par la jurisprudence qui y voit pour seul but celui d'éluider l'impôt²⁵⁴. Un faisceau d'indices conduit à condamner le montage parmi lesquels le bref délai entre la constitution de S.C.I. et l'acquisition, le fait que la résidence constitue le seul élément de patrimoine de la société, le contrôle quasi-exclusif de la S.C.I. par l'occupant du logement²⁵⁵.

770- L'optimisation fiscale en matière immobilière résulte de stratégies non spécifiques aux sociétés. En effet, deux pistes d'optimisation fiscale concernent les revenus fonciers. Il est possible, d'abord, de chercher à minorer l'ampleur des revenus fonciers susceptibles d'augmenter les revenus imposables du foyer fiscal. L'acquisition d'immeubles non assujettis aux revenus fonciers peut être privilégiée²⁵⁶. Les moyens consistent encore en des sources d'exonération²⁵⁷ ou des charges déductibles²⁵⁸. Ensuite, les déficits fonciers²⁵⁹ peuvent servir à minorer les autres revenus imposables du foyer fiscal.

²⁵⁴ V. la jurisprudence citée par FERNOUX (P.) *La gestion fiscale du patrimoine*. Groupe revue fiduciaire, 2001, n° 63.

²⁵⁵ V. encore : DESLANDES (M.) *Une entreprise à risques : louer son logement à sa S.C.I.* Cahier de gestion de patrimoine, sept.-oct. 1994, p. 2.

²⁵⁶ Certains revenus de propriétés foncières sont imposés dans les B.I.C. C'est le cas des revenus des immeubles inscrits au bilan de l'entreprise du contribuable. Le contribuable a donc le choix de la qualification fiscale de son revenu. Dans une perspective d'augmentation de l'imposition des revenus fonciers, l'inscription au bilan de l'entreprise sera favorisée. Sont également imposés au titre des B.I.C. les loyers visés par l'art. 35-1-3° du C.G.I. (location d'un établissement commercial ou industriel muni du matériel nécessaire à son exploitation), ainsi que les loyers de meublés. L'imposition au titre des B.I.C. est également la règle lorsque le loyer est calculé en fonction du bénéfice ou chiffre d'affaire du locataire et fait ainsi participer le bailleur aux résultats de l'entreprise. Dans le même ordre d'idées, certains revenus seront imposés au titre des B.A. C'est le cas lorsque le propriétaire exploitant agricole loue certaines terres. Ces revenus sont considérés comme des revenus agricoles. Si le propriétaire n'exploitait pas personnellement et se contentait de donner ses terres à bail, les revenus seraient alors fonciers. Enfin, certains revenus sont imposés au titre des B.N.C. C'est le cas des revenus tirés de la sous-location de locaux nus.

²⁵⁷ Certains revenus sont exonérés. C'est le cas pour ceux provenant de logements loués à des personnes défavorisées bénéficiaires du R.M.I. ou des étudiants boursiers. C'est le cas encore de logements loués dans des communes de moins de 5.000 habitants. Ces faveurs fiscales des art. 15 bis et 15 ter du C.G.I. sont toutefois soumises à des conditions assez strictes tenant à la durée du contrat de location, à la surface et au confort du logement, etc. C'est le cas également des immeubles dont le propriétaire se réserve la jouissance (art. 15 II C.G.I.), mais seulement en ce qui concerne l'habitation et ses dépendances.

²⁵⁸ Des charges se déduisent du revenu foncier brut. Deux régimes principaux coexistent. La déduction forfaitaire, en premier lieu, profite automatiquement au propriétaire. La déduction des charges réelles, en second lieu, suppose pour la charge de remplir cinq conditions. Les principales charges déductibles pour leur montant réel sont les dépenses d'entretien et de réparation. (La distinction entre travaux d'amélioration et travaux de construction non déductibles est parfois difficile à faire. Le Conseil d'Etat en a donné une définition le 17 décembre 1976, dr. fisc. 1977, n° 7, comm. 204, concl. Lobry). Il faut noter également le montant des intérêts et frais accessoires des dettes contractées pour la construction, l'acquisition, la conservation et la réparation des immeubles, les primes d'assurances pour certains immeubles, les frais de gérance et de rémunération des gardes et concierges, le montant de certaines impositions comme la taxe foncière, les amortissements de logements neufs et assimilés, plus communément appelés amortissements Périssol mais dont les dispositions ont été tempérées par la loi Besson.- Le législateur a récemment créé un régime micro-foncier (Art. 32 du C.G.I.- v. DUHEM (J.) *Revenus fonciers : l'option pour le régime micro présente-t-il un intérêt ?* R.F. compt. 1998, n° 63,

C'est ce qui fait le succès des dispositions législatives « Besson »²⁶⁰ ou « de Robien »²⁶¹. La loi de finances pour 2003 a d'ailleurs assoupli l'amortissement Besson, en ouvrant le dispositif aux ascendants et descendants du contribuable²⁶² et en relevant les taux de 25 % à 40 % dans l'immobilier ancien²⁶³.

771- Toutefois, les groupements forestiers sont des sociétés particulières jouissant d'un régime fiscal intéressant. En effet, des modifications récentes ont affecté la fiscalité des groupements forestiers²⁶⁴. L'acquisition de parts de ces sociétés particulières²⁶⁵ peut donner lieu à une réduction d'impôt sur le revenu. L'investissement forestier est ainsi favorisé²⁶⁶. Le dispositif peut bénéficier aux personnes physiques²⁶⁷ qui acquièrent ou souscrivent des parts de groupements forestiers²⁶⁸ ou de sociétés d'épargne forestières (S.E.F.)²⁶⁹. La détention doit durer quinze ans et certains engagements doivent être respectés²⁷⁰, sous peine de déchéance

p. 32 et s.) Il est destiné à éviter les calculs suggérés par la détermination des revenus bruts et des charges déductibles. Il s'applique aux contribuables dont les revenus fonciers n'excèdent pas 15.000 euros par an. L'option est exercée pour trois ans. Seul le revenu brut est indiqué à l'administration qui applique un abattement de 40 % représentatif des charges. (V. art. 10 de la loi de finances 2003).

²⁵⁹ En cas de déficit foncier, les règles d'imputation sont particulières de manière à éviter une évasion fiscale trop facile (V. art. 156-I-3°.) Les déficits résultant d'une restauration suite à la loi Malraux sont déductibles en totalité des revenus du foyer (Le détenteur de parts d'une S.C.I. régie par l'art. 8 du C.G.I. peut imputer sur son revenu global leur quote-part de déficit. V. Conseil d'Etat, 1^{er} mars 2000. D.F. 2000, n° 45-46, comm. 852), sauf les intérêts d'emprunt qui doivent être imputés sur les revenus fonciers des cinq années à venir. C'est ce qui explique l'intérêt que certains conseillers fiscaux portent aux immeubles Loi Malraux. Les déficits résultant de grosses réparations engagées par le nu-propriétaire ne sont déductibles en totalité de son revenu global que si le démembrement provient d'une succession. Enfin, les déficits provenant des dépenses effectuées sur des immeubles historiques ou assimilés sont déductibles en totalité du revenu global.

²⁶⁰ Successivement Méhaignerie, Perissol, et Besson, ces dispositifs connaissent toujours le succès auprès des investisseurs, qui y trouvent, outre la possibilité de se constituer un patrimoine immobilier, une source de réduction d'impôt sur le revenu. V. art. 31-1-1° e C.G.I. pour la loi Besson. DUHEM (J.) Dispositif Besson, ou le triomphe de la fiscalité compliquée... J.C.P. éd. N. 2000, p. 19.- PROVOST (G.) Régime Besson : analyse de la rentabilité. J.C.P. éd. N. 2000, p. 184.

²⁶¹ Art. 91 de la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 : v. Dr. fiscal 3 septembre 2003, comm. 599, p. 1059.

²⁶² Art. 9 et 9 II de la loi de finances pour 2003.

²⁶³ Pour cette déduction forfaitaire dite « Besson-Lambert », v. art. 79 de la loi de finances 2003.

²⁶⁴ Art. 199 *decies* H.C.G.I.

²⁶⁵ Elles relèvent de l'art. 241-1 et suivants du Code forestier.

²⁶⁶ V. le numéro spécial Forêt privée de la revue *Notaires, vie pratique* juillet-août 2003. En particulier, art. DELORY (C.) La fiscalité de l'investissement forestier. p. 29.- *Adde* : Revue Fiduciaire du 23 mai 2002, n° 2919, Investissements forestiers, §10 à 13 et J.C.P. éd. N. 31 mai 2002, En bref 99.

²⁶⁷ Les acquisitions, réalisées par des personnes morales transparentes ou non, ne sont pas admises au bénéfice du régime. En revanche, l'acquisition peut être réalisée en indivision ou en démembrement de propriété.

²⁶⁸ Il est possible de faire un apport en numéraire à la formation du groupement ou en cours de vie sociale. L'apport de créance en compte courant d'associés est autorisé. L'apport en nature est totalement exclu. L'acquisition doit être à titre onéreux moyennant paiement en numéraire (les datations en paiement, échanges et donations avec charges sont exclus.) Le tout doit s'inscrire dans le cadre de la gestion d'un patrimoine privé et non d'actifs professionnels.

²⁶⁹ Ces sociétés ont été instaurées par la loi d'orientation sur la forêt n° 201-602 du 9 juillet 2001 (art. 9 V) et sont codifiées aux articles L. 214-85 à L. 214-87 du Code monétaire et financier. Leur actif est composé à 60 % de leur valeur de bois et forêts, parts de G.F. ou assimilés.

²⁷⁰ Comme, par exemple, celui d'appliquer un plan de gestion agréé par le Centre régional de la propriété forestière. V. art. 46 AGI-I de l'annexe II C.G.I.

du droit à réduction d'impôt²⁷¹. Temporaire, ce dispositif est applicable jusqu'au 31 décembre 2010. La base de calcul de la réduction d'impôt est représentée par le montant de la souscription ou acquisition des parts de G.F. ou par 60 % du montant pour les S.E.F. Le taux est de 25 % plafonné à 5 700 € pour un célibataire, veuf ou divorcé, à 11 400 € pour un couple marié soumis à imposition commune.

772- Une autre société immobilière à statut particulier doit être mentionné : la S.C.P.I. Lorsqu'elle réalise des opérations conformes à son objet social, elle est exclue du champ d'application de l'I.S. Ses bénéfices sont directement imposés entre les mains des associés, et donc à l'impôt sur le revenu s'agissant d'une personne physique. Cette dernière peut ainsi cumuler l'avantage de l'investissement immobilier limité que permet la S.C.P.I.²⁷² et les avantages fiscaux compatibles tels que la réduction d'impôt pour investissement outre-mer par exemple²⁷³.

773- La transparence ou semi-transparence n'est pas véritablement un handicap fiscal, ni d'un intérêt fondamental. Les associés peuvent bénéficier de régimes de faveur octroyés aux propriétaires directs de l'immeuble. Ils retirent de rares avantages de la structure sociale. En matière mobilière, l'analyse est similaire.

2 – En matière mobilière

774- La technique sociétaire structure également le patrimoine mobilier. La société de gestion de portefeuille de valeurs mobilières présente des intérêts en terme d'administration du patrimoine déjà évoqué²⁷⁴. Ses intérêts fiscaux sont faibles.

775- Les sociétés civiles de portefeuille permettent d'isoler les valeurs mobilières dans le patrimoine du détenteur. La transparence applicable en vertu de l'article 1655 *ter* du C.G.I. les frappe et les revenus de ces sociétés sont susceptibles d'être imposés directement entre les

²⁷¹ Les dispositions de l'art. 1729 C.G.I. peuvent être appliquées en cas de manquement.

²⁷² V. *supra* n° 662 et s.

²⁷³ V. *mémento fiscal* Francis Lefebvre 2003, n° 8251 et s.

²⁷⁴ V. *supra* n° 322 pour les holdings et plus précisément s'agissant des sociétés de gestion de portefeuille de valeurs mobilières en matière de cession n° 381.

moins des associés au titre de l'I.R.P.P. La marge de déduction des charges est toutefois plus réduite qu'en matière immobilière. La déduction des intérêts d'emprunt n'est, par exemple, pas possible. Son intérêt fiscal s'en trouve relativement fragilisé. Il est retrouvé dès lors qu'elle parvient à défiscaliser les revenus du portefeuille, en les capitalisant. Il faut associer le montage à un objectif de transmission²⁷⁵.

776- La société permet toutefois d'organiser des placements à revenus fixes qui ne relèvent pas de la technique sociétaire. C'est le cas des obligations et autres titres négociables²⁷⁶. Ils disposent de deux régimes fiscaux possibles, relativement intéressants. Le premier dit « de droit commun » mélange retenue à la source et déclaration annuelle des intérêts perçus²⁷⁷. Il est moins intéressant pour le contribuable que le second régime dit « du prélèvement forfaitaire et libératoire ». Dans cette hypothèse, le débiteur du revenu en prélève une fraction avant de le verser²⁷⁸. Le créancier perçoit une somme nette d'impôt.

Les conditions d'option pour ce régime font apparaître une limite à certains montages sociétaires. En effet, seules les personnes physiques plaçant dans le cadre de leur patrimoine privé peuvent en bénéficier²⁷⁹. Toutefois, l'option reste possible pour les membres d'une société de personnes, pour leur quote-part des produits perçus par la société si cette dernière a une activité purement civile. Cela signifie qu'une personne physique peut opter pour ce régime si les obligations sont détenues par une société civile de portefeuille par exemple. C'est ici précisément la transparence de la société et la neutralité fiscale qui permettent de bénéficier d'un régime favorable tout en garantissant une gestion organisée.

B – L'intérêt croissant des sociétés soumises à I.S.

777- Les gestionnaires de patrimoine voient un intérêt croissant aux sociétés soumises à l'I.S., spécialement en matière immobilière²⁸⁰.

²⁷⁵ DEPONDT (A.) et FERNOUX (P.) La société civile de portefeuille. Dr. et patrimoine, octobre 1995, p. 50.

²⁷⁶ Ils font de leur titulaire des créanciers de la société, et non des associés.

²⁷⁷ V. pour un détail du dispositif : GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.) *Op. cit.*, n° 228, p. 166. Il reste toutefois peu appliqué en raison de son champ d'application réduit puisqu'il ne peut pas être utilisé concernant les obligations de l'Etat et celles émises depuis 1987.

²⁷⁸ Le prélèvement se fait sur le montant brut du revenu versé sans déduction de frais ou charges et le taux effectif applicable est de 25 %.

²⁷⁹ L'option est impossible pour les revenus compris dans le bénéfice imposable au titre des B.I.C., B.A. ou B.N.C.

²⁸⁰ DELFOSSE (A.) La détention d'un immeuble par sociétés interposées. J.C.P. éd. N. 1996, n° 3732, p. 740.

778- Les sociétés opaques ont une personnalité fiscale²⁸¹. Tel est le cas par exemple des sociétés immobilières d'investissement (SII). Ces sociétés anonymes ont pour objet d'exploitation d'immeubles locatifs situés en France et affectés à l'habitation pour les trois quarts au moins de leur superficie. Pourtant ces sociétés bénéficient d'un régime spécial. Les SII sont exonérées d'I.S. sur la plupart de leurs produits²⁸². Les produits distribués aux personnes physiques sont soumis à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des revenus mobiliers. Les sociétés d'investissements immobiliers cotées (SIIC) peuvent bénéficier sur option d'un régime analogue depuis la loi de finance pour 2003²⁸³ si elles remplissent certaines conditions. Ces sociétés peuvent opter pour un régime fiscal dérogatoire comportant une exonération conditionnelle d'I.S. pour la fraction des bénéfices provenant de la location des immeubles²⁸⁴.

L'intérêt de l'assujettissement à l'I.S. doit être recherché ailleurs.

779- L'option pour l'I.S. est possible pour des sociétés ordinairement semi-transparentes. Elle est ainsi ouverte aux S.C.I.

Les différences sont substantielles, puisque la comptabilité commerciale devient applicable (les loyers sont imposés dès lors qu'ils sont échus). Quant aux charges, les frais d'acquisition sont déductibles²⁸⁵. Les amortissements le sont également, non pas selon un système de forfait, mais pour leur montant pratiqué en comptabilité. Si les résultats sont déficitaires, ils ne s'imputent pas sur les revenus fonciers de l'associé puisque la société est opaque. Toutefois, l'option pour le régime du *carry back* est possible. On peut aussi pratiquer l'imputation sur les revenus des cinq années suivantes²⁸⁶. Les revenus de l'immeuble dont cette société est propriétaire sont soumis à l'I.S. lors de leur réalisation²⁸⁷. La distribution des dividendes aux associés ou actionnaires ne se fait pas au prix d'une double imposition puisque ceux-ci bénéficient du mécanisme de l'avoir fiscal. Les bénéfices peuvent également être mis en réserve.

²⁸¹ V. *supra* n° 714.

²⁸² Art. 208 B C.G.I.

²⁸³ Art. 11 de la loi n° 2002-1575 du 30 décembre 2002.

²⁸⁴ Ainsi que pour la plus-value de cession de participations de sociétés répondant à certaines conditions. (V. art. 11 de la loi de finances pour 2003.)

²⁸⁵ Ils sont considérés comme des frais d'acquisition d'immobilisation.

²⁸⁶ La souplesse du processus d'imposition de l'I.S. se retrouve donc (v. *supra* n° 725), ainsi que le bénéfice des dispositions plus favorables qui pourraient être votées conformément au projet de loi de finances pour 2004.

²⁸⁷ En réalité, ces revenus connaissent une imposition en deux temps. En effet, ils sont d'abord imposés au titre de l'I.S., mais la quote-part distribuée à chaque associé au titre de ses revenus mobiliers sera à son tour imposée en bénéficiant du système de l'avoir fiscal.

780- La société civile immobilière soumise à I.S. séduit d'abord en raison du taux d'imposition plus acceptable que le taux marginal d'impôt sur le revenu. Elle charme également en raison des charges déductibles pour une plus grande fraction. Actuellement l'accent est même porté sur l'opportunité de procéder à une capitalisation grâce à une société soumise à I.S.²⁸⁸ Assujettie à ce régime fiscal, l'assemblée de la S.C.I. peut prendre la décision de ne pas procéder à une distribution et de mettre en réserve les bénéfices dégagés. L'associé n'est alors soumis à aucune imposition et le bénéfice taxable n'est soumis qu'à l'I.S. au taux de 33,33 %. Cette stratégie de capitalisation s'associe à un objectif de transmission²⁸⁹.

781- L'intérêt d'une superposition d'une société immobilière soumise à I.S. et d'un P.E.A. est également soulevé²⁹⁰. Les revenus ne sont plus imposés au titre des revenus fonciers, mais au taux de l'I.S. dans la société, avec récupération de l'avoir fiscal au sein du P.E.A.²⁹¹

Les intérêts décrits pour les produits d'activité se retrouvent au niveau des produits du patrimoine. La souplesse de détermination du résultat traduit un certain libéralisme fiscal.

782- La technique sociétaire opère une relative optimisation fiscale lorsque la société est semi-transparente. Lorsque l'assujettissement à l'I.S. se profile, les avantages sont à la fois qualitatifs et quantitatifs. La structuration sociétaire aide, dans une certaine mesure, à minorer l'imposition des produits du patrimoine. Surtout, elle permet d'aménager son imposition.

783- *En matière mobilière*, les sociétés soumises à I.S. bénéficient parfois de dispositions spécifiques. Ainsi, lorsqu'elles détiennent des parts ou actions d'O.P.C.V.M. français ou étrangers, elles doivent évaluer ces titres à la clôture de l'exercice à leur valeur liquidative. L'article 209-O A du C.G.I. prévoit qu'elles n'ont pas à constater d'écart d'évaluation pour les parts ou actions des O.P.C.V.M. français ou des Etats membres, dont la valeur réelle est représentée de façon constante pour 90 % au moins par des actions, des certificats d'investissements, etc. émis par des sociétés soumises à l'I.S. Le but d'une telle disposition est sans doute d'encourager les investissements.

²⁸⁸ D.F. La S.C.I. utilisée comme support de capitalisation de revenus locatifs. Dr. et patrimoine, juillet-août 1995, p. 15.

²⁸⁹ En effet, dans ce montage, les associés n'ont pas besoin des revenus en question et peuvent les capitaliser au profit de leurs héritiers et recherchant le moindre coût fiscal.

²⁹⁰ BRUNEAU (P.) et CHOUVELON (T.) *Op. cit.*, n° 431.

²⁹¹ Le montage a également des vertus quant aux plus-values, puisque la P.E.A. permet de les exonérer.

784- La structure sociétaire ainsi organisée est une société patrimoniale.

La société optimise également la fiscalité des produits du patrimoine, lorsqu'elle constitue le placement. Les revenus proviennent d'une société entrepreneuriale et cette origine influe sur le mode d'imposition. Les revenus de capitaux mobiliers bénéficient d'avantages fiscaux. Ils semblent se justifier par l'interventionnisme en faveur de l'économie. Les sociétés étant au cœur du marché, il convient de renforcer leur soutien en ne pénalisant pas les revenus mobiliers et en incitant ainsi les ménages à soutenir les fonds propres des sociétés.

Paragraphe 2 – La société, cible fiscale du patrimoine productif

785- La tendance est à l'allègement de l'imposition des revenus de capitaux mobiliers afin d'encourager l'épargne et les investissements en France. Cette politique fiscale, nécessaire pour l'économie, est toutefois en contradiction avec les souhaits de minorer l'imposition des revenus du travail par rapport aux revenus du capital²⁹². L'équation fiscale est difficile à résoudre tant chaque argument semble fondé. Les réformes récemment proposées soulignaient l'importance de simplifier l'arsenal des règles fiscales, dont les dérogations forment aujourd'hui une véritable jungle. La préoccupation demeure aussi d'assurer une certaine stabilité des règles. Leur permanente évolution est contraire à la recherche d'une politique fiscale efficace²⁹³.

786- Il convient, au préalable, de rappeler la distinction opérée entre la société qui est le support de l'activité du contribuable²⁹⁴ et celle qui est la cible de son épargne. L'imposition tend en effet à se différencier alors même que les techniques juridiques sont identiques :

²⁹² De plus, le déséquilibre d'imposition par rapport aux revenus fonciers s'accroît. La seule solution fiscale non contraire à la logique des marchés va dans le sens d'une diminution : tout d'abord s'agissant des impôts sur les revenus fonciers afin de procéder à un alignement, ensuite s'agissant des revenus du travail afin de ne pas les pénaliser par rapport aux revenus du capital. Mais cette diminution se heurte à un obstacle majeur : le déficit budgétaire qu'il convient de combler, ainsi que le fonctionnement général de l'État et de sa politique qu'il convient d'assurer. Il s'agit d'une équation difficile à résoudre, d'autant plus que le paramètre européen doit être intégré à la réflexion puisqu'il ne fait aucun doute qu'à terme, les membres de l'Union devront aligner leurs régimes fiscaux.

²⁹³ La portée d'une mesure ne s'apprécie que dans la durée. De la même manière, il convient d'offrir aux ménages une fiscalité fiable et des repères durables, afin qu'ils puissent s'orienter en confiance. Actuellement, la complexité et l'instabilité des règles tendent à une absence de lisibilité des objectifs poursuivis, lesquels sont *a fortiori* non compris des Français.

²⁹⁴ V. *supra* n° 686 et s.

société soumise à I.S., avoir fiscal, etc. Ce détachement est le fait de l'intermédiation grandissante, qui rend l'actionnariat direct de plus en plus rare.

Lorsque la société est la cible des placements, les revenus sont qualifiés de revenus des capitaux mobiliers²⁹⁵. Ils sont versés sous forme de dividendes ou d'intérêts²⁹⁶. L'administration fiscale a le pouvoir d'en apprécier assez exactement le volume grâce à l'obligation incombant aux établissements financiers de lui adresser un état des sommes versées aux bénéficiaires. Les seules incertitudes affectent les revenus perçus à l'étranger. Le faible risque d'évasion fiscale qui en résulte motive une imposition assez clémente. Les revenus connaissent des régimes différents suivant que la détention de la valeur sociétaire est directe (A) ou indirecte (B).

A – L'imposition des revenus des droits directs d'associés

787- La variabilité des droits directs d'associés résulte de l'évolution des résultats de la société et des décisions de la société distributrice. S'agissant de personnes physiques, ces produits du patrimoine doivent être déterminés chaque année pour être imposables à l'I.R.P.P au titre des revenus de capitaux mobiliers. Les revenus des sociétés semi-transparentes sont perçus directement par le contribuable et imposés dans la catégorie correspondante. Il peut s'agir de revenus d'activité (B.I.C., B.N.C. ou B.A.), mais également de revenus de placements relevant de la catégorie des capitaux mobiliers. Les revenus distribués par des sociétés passibles de l'I.S.²⁹⁷ dépendent du seul régime des capitaux mobiliers. Le dispositif prévoit tantôt un abattement (1), tantôt le bénéfice de l'avoir fiscal (2).

²⁹⁵ C'est-à-dire les revenus provenant de placements de sommes d'argent.

²⁹⁶ Les comptes courants d'associés sont un cas particulier. Ils ne sont pas traités de manière neutre, c'est-à-dire selon des règles identiques aux autres types de prêts. Leurs intérêts ne peuvent être considérés comme des produits de placement à revenu fixe qu'à la condition que les dépôts soient admis en déduction du bénéfice imposable de la société. Dans l'hypothèse inverse, les produits de ces dépôts sur compte courant d'associés seront traités comme des dividendes.

²⁹⁷ Rappelons qu'il s'agit des S.A., S.A.S., S.C.A., S.A.R.L. non placées sous le régime des sociétés de personnes ayant opté pour l'I.S.

1 – Les revenus ouvrant droit à abattement

788- Les dividendes d'actions et les revenus des parts de S.A.R.L. et E.A.R.L. ²⁹⁸ bénéficient d'un abattement global. Il s'élève à 1.220 euros pour une personne seule et 2.440 euros pour un couple²⁹⁹. Cet abattement ne bénéficie pas aux dividendes d'actions de sociétés non cotées et aux produits des parts bénéficiaires ou de fondateurs, ainsi que des parts de S.A.R.L. ou d'E.A.R.L., lorsque le bénéficiaire détient, directement ou indirectement³⁰⁰, plus de 35 % des droits sociaux de la société distributrice. On entend par dividendes et revenus de parts sociales, les répartitions ordinaires ou extraordinaires résultant d'une décision des organes compétents de la société.

789- L'abattement est réservé aux produits des actions et parts sociales des sociétés ayant leur siège en France métropolitaine ou dans les départements d'outre-mer. Il ne peut toutefois être pratiqué sur le montant des revenus d'actions souscrites avec le bénéfice de la réduction d'impôt prévue en faveur de certains investissements réalisés outre-mer³⁰¹.

790- Cet abattement peut naturellement bénéficier aux dividendes et revenus de parts sociales encaissés par l'intermédiaire de sociétés de personnes, puisqu'ils seront fiscalement réputés encaissés par leurs membres³⁰² dès lors qu'ils ne relèvent pas d'une autre catégorie.

2 – Les revenus ouvrant droit à l'avoir fiscal

791- Dans les sociétés soumises à l'I.S., le bénéfice mis en réserve échappe à tout impôt ultérieur à l'I.S. En revanche, le bénéfice distribué aux associés est frappé d'une double imposition : il est imposé au titre de l'I.S. lorsque la société le déclare, puis au titre de l'I.R.P.P. lorsque l'associé en perçoit sa part. L'opacité pourrait devenir un inconvénient fiscal. Pour éviter cette double taxation, il est mis en place le mécanisme de l'avoir fiscal³⁰³. Il

²⁹⁸ Auxquels il est possible d'ajouter les revenus des S.C.O.P.

²⁹⁹ Art. 158-3 C.G.I.- Cet abattement a été rétabli en totalité par la loi de finances pour 2003.

³⁰⁰ Pour l'appréciation de ce seuil, il est tenu compte des droits détenus par le conjoint du contribuable, et ses enfants mineurs, ainsi que de ceux détenus par l'intermédiaire de personnes interposées ou de sociétés dont ils sont membres.

³⁰¹ Art. 199 *undecies* et 199 *undecies* A du C.G.I.

³⁰² Il peut de la même façon bénéficier aux porteurs de parts de F.C.P. ou de S.I.C.A.V.

³⁰³ Art. 158 *bis* et s. C.G.I.

intéresse les dividendes³⁰⁴ distribués en vertu d'une délibération régulière des organes compétents des sociétés de capitaux ayant leur siège social en France. Le *boni* de liquidation et les distributions exceptionnelles de réserves ne constituent pas des dividendes et subissent donc la double imposition. Le mécanisme ne peut en principe profiter qu'à des personnes physiques ou morales domiciliées ou ayant leur siège social en France, sauf conventions internationales³⁰⁵.

792- Le législateur permet au contribuable d'imputer sur son impôt personnel un avoir fiscal correspondant à une « ristourne de l'impôt sur les sociétés »³⁰⁶. L'avoir fiscal est un crédit d'impôt égal à la moitié des dividendes nets perçus si le contribuable est une personne physique, et égal à 45 % s'il est une société de capitaux assujettie à l'I.S.³⁰⁷. Il représentait la totalité de la cotisation d'I.S. jusqu'à ce que le taux soit majoré de taxes additionnelles et dépasse 33,33 %. Désormais, il n'en représente plus qu'une partie.

L'actionnaire personne physique ajoute le montant de l'avoir fiscal aux dividendes perçus et fait figurer le total dans sa déclaration de revenus. La direction des impôts calcule le montant de l'impôt dû au titre de l'ensemble des revenus du ménage, puis elle impute dessus le montant des avoirs fiscaux. Il s'agit donc d'un crédit d'impôt. Les personnes physiques peuvent obtenir le remboursement de l'avoir fiscal, si celui-ci est supérieur au montant de l'impôt correspondant³⁰⁸. Toutefois, l'avoir fiscal ne profite pas au résident fiscal qui détient un portefeuille d'actions françaises par le biais d'un compte anonyme ouvert dans un paradis fiscal, sauf à déclarer l'ensemble des revenus qu'il produit.

Le mécanisme de l'avoir fiscal présente donc des intérêts, tant en ce qui concerne les produits d'activités³⁰⁹, qu'en ce qui concerne les produits du patrimoine.

³⁰⁴ Pour une définition des dividendes v. le récent arrêt « Anzalone ». Conseil d'Etat 26 février 2001 *in* RENARD (X.) et SOISSON (J.) Dividende et avoir fiscal : l'arrêt « anzalone » et l'instruction administrative du 14 décembre 2001. Dr. fiscal 2002, p. 1032.- V. encore les comptes rendus du colloque co-organisé par la commission des finances du Sénat et le CEFEP le 11 avril 2002. Dr. fiscal 2002 p. 1175 s. et 1214 s.- V. encore NOUEL (C.) Toutes les distributions de dividendes ouvrent-elles droit à l'avoir fiscal ? Bull. Joly 2002, n° 2, p. 299.- V. enfin l'instruction du 18 février 2002 (BOI 4 J-2-02), La revue fiscale notariale Avril 2002, n° 1, *Actualités*, n° 6, p. 10.

³⁰⁵ A défaut d'une telle convention, l'impôt est perçu sous la forme d'une retenue à la source libératoire au taux de 25 %.

³⁰⁶ GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.) *Op. cit.*, n° 238, p. 171. V. notamment l'exemple chiffré de mise en œuvre du mécanisme.

³⁰⁷ Si la société n'a pas été soumise à l'I.S. ou l'a été en bénéficiant d'un taux réduit, la situation sera rétablie par le mécanisme du précompte.

³⁰⁸ Ce n'est pas le cas des personnes morales.

³⁰⁹ La constitution d'une société soumise à l'I.S. devient intéressante. La comparaison du taux marginal d'imposition de l'I.R.P.P. doit être menée avec le taux de l'I.S. cumulé à l'imposition des dividendes après imputation de l'avoir fiscal. L'option pour l'I.S. peut minorer considérablement l'imposition des revenus.

793- Au moment de sa mise en place, l'avoir fiscal a été lourdement critiqué. Il a été souligné qu'il favorise les revenus du capital par rapport aux revenus du travail. La question est de savoir s'il est acceptable de procéder à une double imposition des flux financiers ou non³¹⁰. Une autre critique était plus technique. En effet, le marché boursier français n'a pas bénéficié de sa mise en place, car les sociétés françaises n'ont pas joué le jeu. Elles ont réduit leur dividendes intégrant l'avoir fiscal à leurs calculs de distribution pour que l'actionnaire perçoive une rémunération de son capital à peine supérieure à ce qu'il recevait précédemment³¹¹. Les sociétés françaises ont préféré s'autofinancer par une diminution de leurs distributions plutôt que de séduire les marchés par une politique de dividendes plus attractive³¹². Aujourd'hui, la pérennité de l'avoir fiscal est en question. Sa suppression au profit d'un prélèvement libératoire est parfois déconseillée³¹³ pour des raisons d'équité. Il est souligné en outre un risque d'accélération des phénomènes de délocalisation. La suppression de l'avoir fiscal est pourtant à l'ordre du jour. Il pénalise la compétitivité des entreprises françaises au niveau international. La plupart des Etats membres de l'Union européenne l'ont abandonné au profit d'autres techniques. Une vaste réforme est prévue pour 2004³¹⁴. Il est prévu de remplacer l'avoir fiscal soit par un abattement sur les dividendes³¹⁵, soit par un prélèvement libératoire³¹⁶, soit par une retenue à la source³¹⁷. Le projet de loi de finances pour 2004 propose de remplacer l'avoir fiscal pour les personnes physiques par un abattement de 50 % pour l'impositions des dividendes perçues³¹⁸.

794- Dans l'immédiat, ce régime reste profitable aux seules personnes physiques et sociétés bénéficiant du régime des sociétés mères. En effet, les dernières lois de finances ont

³¹⁰ Il n'y a pas de réponses techniques ou scientifiques à cette interrogation. Seul un choix idéologique peut y répondre.

³¹¹ L'actionnaire n'a donc pas profité de ce complément de revenus.

³¹² Ce comportement est jugé peu capitaliste par Messieurs GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.)

³¹³ V. 17^{ème} rapport du conseil des impôts. Préc., p. 198.

³¹⁴ V. sur la question : Le rapport de Philippe Marini, rapporteur général du budget de la commission des finances du Sénat (n° 68, tome II, fascicule 1, p. 97.) *Adde* : Revue Agora n° 36 de septembre 2002, p. 22. L'union notariale financière expose avec des cas pratiques chiffrés, l'influence d'une telle réforme sur le choix des placements à effectuer. Les solutions de gestion collective pourraient devenir préférables.- FREMINET (P. de) Réforme de l'avoir fiscal : bases de réflexion. Dr. fiscal 2003, p. 925 et s.

³¹⁵ À l'instar de l'Allemagne ou du Luxembourg.

³¹⁶ C'est le modèle autrichien, belge, danois, portugais et italien.

³¹⁷ La suppression de l'avoir fiscal et du précompte. Et après ? Dr. fiscal 2001, n° 38, p. 1293. (Compte rendu de colloque.)

³¹⁸ V. J.C.P. éd. E. 2003, act. 263.

successivement abaissé le taux de l'avoir fiscal³¹⁹ pour les autres intéressés. La loi de finances pour 2003 le réduit à 10 %³²⁰.

795- Le cas particulier des revenus de valeurs sociétaires étrangères doit être mentionné. Ces revenus ne bénéficient d'aucun abattement, ni même d'un droit d'option pour le prélèvement libératoire. Ils sont imposés au titre de l'I.R.P.P., la seule déduction possible étant l'impôt perçu à l'étranger. Certaines conventions prévoient toutefois des régimes plus favorables d'imputation de l'impôt payé à l'étranger.

B – L'imposition des revenus des droits indirects d'associés

796- L'intermédiation en matière financière a connu un développement spectaculaire. Il met de la distance entre l'épargnant et la société. Il reste néanmoins que la technique sociétaire fait fructifier indirectement le patrimoine³²¹. Ce mode d'actionariat s'accompagne de mesures fiscales favorables. La gestion « intermédiée » ne rencontre pas de freins fiscaux. En particulier, des régimes spéciaux intéressent les O.P.C.V.M. et les P.E.A.³²² Ces placements sont en lien direct avec la technique sociétaire, puisqu'elle en est, tantôt la cible, tantôt à la fois la cible et le mode d'organisation (SICAV par exemple).

797- Les produits des P.E.A. sont exonérés d'impôt lorsque l'épargne est conservée pendant cinq ans au moins³²³. Il est ainsi possible d'en faire un tamis fiscal, en faisant transiter sur ces plans des revenus normalement plus lourdement imposés. Cette manœuvre est sous surveillance fiscale³²⁴.

³¹⁹ 45 %, 40 %, 25 % et 15 % du dividende net pour les avoirs fiscaux imputés respectivement en 1999, 2000, 2001 et 2002.

³²⁰ Les personnes physiques et les sociétés ayant opté pour le régime des sociétés mères continuent à bénéficier d'un avoir fiscal égal à 50 % des produits distribués.

³²¹ V. *supra* n° 645 et s.

³²² FERNOUX (P.) *Op. cit.*, n° 162 et s.

³²³ Art. 163 *quinquies* D C.G.I. La loi de finances pour 2003 a d'ailleurs porté le plafond des versements à 132.000 €.

³²⁴ DUHEM (J.) Le P.E.A. : un instrument de gestion de patrimoine sous surveillance fiscale. J.C. P. éd. N. 2000, p. 1326 et s.

798- Les SICAV³²⁵ et F.C.P.³²⁶ sont soumises au même régime fiscal. Les O.P.C.V.M., quelle que soit leur forme sont translucides fiscalement³²⁷. Leurs actionnaires ou porteurs de parts sont donc imposés comme s'ils réalisaient directement les opérations de l'organisme de placement. Il varie selon qu'elles sont des O.P.C.V.M. de distribution ou de capitalisation. La taxation est limitée aux seuls revenus distribués aux associés, les revenus capitalisés ne subissent aucun prélèvement fiscal.

Les produits des O.P.C.V.M. de distribution³²⁸ sont donc taxés au titre de l'impôt sur le revenu selon les conditions de droit commun et bénéficient ainsi de l'abattement global³²⁹. Ils relèvent chez les porteurs du régime des revenus de capitaux mobiliers et conservent la nature qui leur est propre (et les avantages fiscaux qui s'y attachent). S'agissant d'O.P.C.V.M. actions, l'abattement annuel de 1220 € ou 2440 € est par exemple applicable.

Les O.P.C.V.M. de capitalisation ne distribuent pas les revenus encaissés. Ils les réinvestissent en valeurs mobilières. Le revenu échappe donc à l'I.R., alors même que la part ou l'action détenue par le contribuable augmente de valeur. Les nouvelles dispositions de l'article 150-0 A du C.G.I. leur accorde néanmoins le bénéfice de l'abattement (7.623 euros)
330

799- La question s'est posée de savoir comment les crédits d'impôt et avoirs fiscaux attachés aux O.P.C.V.M. pouvaient profiter aux épargnants. C'est l'organisme de placement qui en est normalement titulaire. Celui-ci a la possibilité de les transférer à chacun des détenteurs de titres sous la forme d'un droit à imputation³³¹ (art. 199 ter-II C.G.I.).

Le bénéfice de crédit d'impôt qui s'attache à certains placements en valeurs mobilières peut s'avérer très intéressant. C'est le cas de l'affaire des *fonds turbo*. La combinaison de la loi du 13 juillet 1979 relative aux fonds communs de placement et d'une instruction administrative du 13 janvier 1983 avait permis aux souscripteurs de parts, créées entre la

³²⁵ Les SICAV sont expressément exonérées d'impôt sur les sociétés pour les bénéfices réalisés dans le cadre de leur objet légal, alors même qu'il s'agit de sociétés de capitaux (art. 208 1^o bis A C.G.I.)

³²⁶ Les plus-values sur cession de titres réalisées dans le cadre de leur gestion sont quant à elles également exonérées, sous réserve qu'aucune personne physique ne possède directement ou indirectement plus de 10 % des parts du fonds (art. 150-0 A III-2 C.G.I.)

³²⁷ Tout comme les sociétés immobilières d'investissement, sociétés de développement régional et sociétés de capital-risque.

³²⁸ Peu importe à cet égard qu'il s'agisse de dividendes, intérêts ou plus-values de cession.

³²⁹ V. *supra* n^o 788.

³³⁰ Jusqu'à récemment, l'épargnant était taxé lorsqu'il revendait ses parts ou actions selon le régime des plus-values au taux de 25 % dès le premier euro. On perçoit ici l'importance de distinguer entre les revenus et la plus-value perçus au titre de ces parts et actions. Dans l'esprit du public, il s'agit de gains liés au droit des sociétés. Pourtant l'origine de leur constitution est très différente civilement et le législateur fiscal le souligne en leur réservant un sort différent en terme d'imposition. V. pour les plus-values mobilières *infra* chapitre 2.

³³¹ FERNOUX (P.) *Op. cit.*, n^o 164.

clôture d'exercice des fonds et la mise en paiement des produits attachés aux parts, de bénéficier d'un crédit d'impôt identique à celui associé aux parts existantes à la clôture de l'exercice. Ce crédit d'impôt évitait la double imposition de produits des F.C.P. qui sont issus de placements ayant déjà subi une imposition. Le montage consistait à acheter des parts juste avant la distribution des produits auxquels était attaché le crédit d'impôt, puis de les revendre après cette distribution.

Dans un premier temps, l'administration fiscale s'est placée sur le terrain de l'abus de droit afin de remettre en cause le montage³³². En effet, si l'application des textes était correcte, l'esprit du montage poursuivait un but exclusivement fiscal et non financier. La solution a été récemment confirmée avec substitution de base légale³³³. Il convient donc de souligner qu'il existe toujours une limite à l'utilisation des dispositions accordant une faveur fiscale : il faut se conformer à la lettre et à l'esprit des textes.

800- Le législateur entend maîtriser les raisons des prérogatives fiscales consenties. Les avantages particuliers octroyés à certains F.C.P. illustrent les buts recherchés. Les F.C.P. bénéficiant de régimes spécifiques sont en lien avec l'activité économique à favoriser ou le lien social à promouvoir. C'est le cas notamment de ceux constitués dans le cadre de la participation des salariés aux résultats des entreprises, des F.C.P. à risques, des F.C.P.I.

Les fonds communs de placement à risques³³⁴ se caractérisent par la composition de leur actif qui doit comprendre une proportion importante de titres de sociétés non cotées. En contrepartie, un régime fiscal plus avantageux que celui des F.C.P. ordinaires s'applique, puisque l'exonération des produits et plus-value est possible si les conditions exigées sont remplies.

La loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 a accentué ce régime de faveur³³⁵. Il y a une volonté évidente d'inciter à l'investissement dans les entreprises. L'intermédiation des F.C.P. peut s'avérer très utile pour les sociétés non cotées à la recherche d'investisseurs. Cette volonté est traduite également par des réductions d'impôt bénéficiant aux contribuables qui s'endettent pour acquérir, dans le cadre d'une opération de reprise, une fraction du capital d'une société non cotée soumise à l'I.S. Les plafonds de souscriptions au capital des sociétés structurant des P.M.E. sont relevés. Ce sont autant de mesures fiscales qui traduisent la

³³² V. les conclusions de GOULARD (G.) sous Conseil d'Etat, 8 avril 1998. R.J.F. 1998, n° 5, p. 378 ; Bull. Joly 1998, § 89, p. 482, note DEROUIN (P.) *Adde* : chron., p. 359, VERCLYTTE (S.)

³³³ Conseil d'Etat, 26 octobre 2001. R.J.F. 2002, n° 1, p. 11, concl. AUSTRY (S.) – Pour l'épilogue de cette affaire d'un point de vue non fiscal, v. Cass. com., 24 septembre 2002. R.T.D. com. 2003, p. 134

³³⁴ Art. 163 quinquies B et art. 150-0 A, III-1 C.G.I.

³³⁵ Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003. J.O. 5 août 2003, 13449

volonté d'inciter à une démarche d'investisseur et même d'entrepreneur. Elles semblent prendre acte de l'importance de la société en tant que technique d'organisation de l'entreprise. Elles ménagent non plus une paix fiscale, mais de véritables économies d'impôts. Les valeurs sociétaires sont des valeurs du patrimoine particulièrement ménagées.

801- Le législateur fiscal traite donc avec clémence les investisseurs et épargnants des sociétés. Le choix d'un investissement dans une société peut être préférable fiscalement à celui d'un investissement « dans la pierre ». Encore faut-il qu'il soit financièrement intéressant. En effet, si le revenu de tels investissements se rapproche de zéro, il n'est point besoin d'un régime fiscal de faveur pour éluder l'impôt. C'est sans doute ce qui favorise actuellement le développement de sociétés combinant rendement immobilier et fiscalité des capitaux mobiliers. C'est le cas des placements « pierre-papier » comme les S.C.P.I. ou les S.I.I.

802- En conclusion, les produits du patrimoine connaissent un sort fiscal variable selon leur origine. Ils sont certes taxés, mais la technique sociétaire en atténue l'aridité. C'est en réalité le législateur fiscal lui-même qui offre cette possibilité d'optimisation grâce aux différentes mesures d'incitation qu'il a mises en place³³⁶. Le projet de loi de finances pour 2004 est une nouvelle illustration de la démarche d'incitation fiscale que constituent certaines mesures. Elle tente de drainer les capitaux vers des supports de financement des entreprises ou de préparation de l'épargne retraite.

Ainsi, en tant que structure, il faut imaginer des montages, notamment de sociétés soumises à l'I.S., pour faire baisser le taux marginal d'imposition. Une certaine clémence fiscale se dessine en faveur des revenus de capitaux mobiliers. La société, cible du placement, reste donc une stratégie valable pour le gestionnaire de patrimoine³³⁷.

La loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique a encore récemment illustré cette idée d'interventionnisme fiscal. Ainsi, les réductions d'I.R. accordée en faveur des contribuables qui s'endettent pour acquérir une fraction du capital d'une société non cotée³³⁸ ou l'exonération des retraits de fonds investis dans un P.E.A. en cas d'affectation à la création

³³⁶ On citera par exemple les régimes d'exonération de l'art. 44 *sexies* C.G.I.- L'exonération porte d'ailleurs également sur les produits financiers de SICAV inscrites à l'actif du bilan de l'entreprise. Ceci permet de cumuler les faveurs fiscales. CAA PARIS 13 novembre 2001. R.J.F. 2002, n° 6, p. 467.

³³⁷ L'imposition des dividendes et autres revenus des droits d'associés ne peut se faire trop lourde pour des raisons économiques.

³³⁸ Art. 42. de la loi du 1^{er} août 2003.

ou reprise d'entreprise³³⁹, illustrent la volonté affichée du législateur de promouvoir l'esprit d'entreprise et l'investissement à long terme.

Quant au projet de loi de finances pour 2004, la mesure la plus significative est la création de sociétés unipersonnelles d'investissement à risque. S.A.S détenue par une personne physique, son objet social consisterait en la souscription en numéraire au capital de sociétés non cotées pour 5 à 20 %. L'investisseur ne pourrait pas participer à la gestion : il s'agirait donc bien d'un incubateur, qui serait fiscalement récompensé. La S.U.I.R. serait exonérée d'impôt sur les sociétés pendant dix exercices et l'associé unique, d'impôt sur le revenu³⁴⁰ !

En dehors de ces incitations fiscales, la pratique des gestionnaires de patrimoine s'efforce de trouver des solutions qui ne sont pas toujours très orthodoxes. Le jeu de la territorialité en est un exemple. Des techniques non sociétaires usent abondamment de certains vides législatifs³⁴¹. La condamnation de ces pratiques n'est pas tant recherchée pour des raisons de morale fiscale que pour des raisons pénales. Les paradis fiscaux sont aussi des paradis de blanchiment de l'argent.

La croissance du patrimoine est inévitablement atteinte par l'impôt. La valorisation du patrimoine consiste à en atténuer la lourdeur.

³³⁹ Art. 31 de la loi du 1^{er} août 2003.

³⁴⁰ V. J.C.P. éd. E. 2003, act. 256.

³⁴¹ V. par exemple s'agissant des parts de copropriété de navires, Mémento Fiscal Francis I efebvre 2003, n° 3361.

Conclusion de chapitre

803- La technique sociétaire optimise la gestion fiscale des revenus du patrimoine. En minorant l'impôt, elle valorise d'autant le patrimoine. En la matière, elle assure une paix fiscale au contribuable, qui dispose d'une liberté d'appréciation à l'égard du régime auquel il entend être assujéti.

804- Concernant les produits d'activité, l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés constitue un avantage comparativement à la soumission de ces produits au régime de l'I.R.P.P. Le souci de neutralité fiscale du législateur à l'égard de la technique sociétaire n'a pas empêché l'émergence de dispositifs plus favorables. En particulier, la souplesse de gestion de l'I.S. alliée à un taux moins élevé que le taux marginal d'imposition de l'I.R.P.P. offre des opportunités non négligeables. Tant que l'optimisation relève d'actes de gestion normaux, aucune limite ne se dresse.

805- Concernant les produits du patrimoine, la technique sociétaire est également utilisée aux fins de minoration de l'impôt. Elle peut structurer le patrimoine productif et de ce fait assouplir les conditions de détermination de l'impôt. Surtout, elle reste un placement fiscalement intéressant. En effet, les revenus des capitaux mobiliers jouissent d'une certaine faveur fiscale³⁴².

806- Le patrimoine se construit à l'aide des revenus d'activité (source exogène) et de ses propres revenus (source endogène). Il est apparu qu'une nouvelle technique de constitution du patrimoine repose sur un mécanisme d'enrichissement au départ involontaire : la plus-value. La volonté fait aujourd'hui que la plus-value devient, au même titre que les revenus, une source de croissance du patrimoine. Le contribuable spéculé sur les valeurs de son patrimoine. Il n'est donc pas étonnant que l'impôt s'intéresse à ces gains, qui relèvent tant des mutations de patrimoine que de leur valorisation.

³⁴² Les revenus fonciers pourraient souffrir de cette comparaison de régime d'imposition, si la mesure de ces revenus respectifs ne laissait pas la part belle à l'immobilier dans la conjoncture actuelle.

CHAPITRE 2

L'économie fiscale pour les valeurs du patrimoine

807- Les valeurs¹ qui composent le patrimoine subissent l'impôt. Le patrimoine en assume le règlement : il est donc susceptible de s'amointrer s'il ne bénéficie pas en contrepartie d'une croissance au moins équivalente à la taxation. La technique sociétaire est-elle alors un moyen de neutraliser cette imposition qui grignote directement le patrimoine ? Permet-elle de réaliser une économie fiscale ?

La composition du patrimoine évolue. A cette occasion, des valeurs peuvent être cédées. Elles sont tantôt remplacées par leur contrepartie en argent, tantôt transmises à titre gratuit. A l'occasion de ces fluctuations, l'impôt pèse donc sur le patrimoine (section 1). La technique sociétaire, en tant que structure, permet d'atténuer l'impact fiscal².

En dehors de toute évolution du patrimoine, les valeurs donnent lieu à une taxation du seul fait de leur détention, de leur existence. Dans cette hypothèse, il est manifeste que la consistance du patrimoine est affectée (section 2). En effet, à défaut d'autres gains, l'impôt ronge le patrimoine, dont la pérennité est ainsi menacée³. La technique sociétaire est relativement impuissante face à cet impôt⁴.

¹ Au sens large du terme, c'est-à-dire des éléments du patrimoine : droit de créance, biens immobiliers, etc. Le terme ne fait pas ici allusion aux valeurs sociétaires.

² L'ingénierie patrimoniale fiscale trouve ici un véritable « terrain de jeux ». L'imagination des praticiens est fertile et explique les recours à de nombreuses techniques au rang desquelles se place la technique sociétaire.

³ L'avoir est directement visé en dehors de toute considération de productivité.

⁴ Il est parfois observé que lorsque la stratégie fiscale consiste à consommer du patrimoine plutôt que de l'enrichir, la politique fiscale en arrive à brider la croissance. En effet, l'encouragement à la création de valeurs et corrélativement d'emplois est menacé.

SECTION 1

L'optimisation fiscale des fluctuations du patrimoine

808- Les fluctuations du patrimoine sont l'occasion de taxations. Dès lors qu'il y a cession d'un élément du patrimoine, le droit fiscal y voit l'occasion d'une double imposition. Elle frappe tout d'abord la cession puis l'acquisition⁵. Tant le gain patrimonial réalisé, que la mutation, sont imposés⁶. Les patrimoines des cédants ou cessionnaires sont potentiellement atteints par la sortie et l'entrée de certaines valeurs. La mutation d'un élément patrimonial suppose donc un appauvrissement correspondant à l'imposition des plus-values⁷ et aux droits de mutation⁸.

809- La fluctuation du patrimoine est toutefois un des moyens de sa croissance⁹. L'impôt est alors perçu comme le passeport nécessaire à sa constitution ou à sa fructification. La technique sociétaire permet d'optimiser fiscalement ces opérations. En tant qu'objet du placement patrimonial, d'abord, elle bénéficie d'un régime fiscal favorable à l'occasion des mutations. En tant que structure des éléments patrimoniaux cédés, ensuite, elle diminue les coûts de la mutation. Ces deux qualités font d'elle une technique fiscale de minoration de l'impôt sur la plus-value (paragraphe 1) et des droits de mutation (paragraphe 2).

⁵ V. distinction opérée de la même manière par MERCIER (J.Y.) et PLAGNET (B.) *Op. cit.*, n° 100.

⁶ Le règlement de l'impôt sur la mutation peut incomber au cédant (T.V.A.) ou au cessionnaire (droit de mutation). Dans les deux hypothèses, il grève la valeur du bien muté et donc les patrimoines qui fluctuent. En effet, s'agissant d'une mutation à titre onéreux, il en est tenu compte pour la fixation du prix de vente (souvent, il en est même tenu compte pour le financement de l'opération au niveau bancaire, alors que l'impôt ne se valorise pas au niveau du patrimoine !). S'agissant d'une mutation à titre gratuit, la libéralité est, de fait, moins importante dès lors qu'il y a un impôt à acquitter en contrepartie.

⁷ Il s'agit d'un profit réalisé la plupart du temps indépendamment de tout acte volontaire du cédant. Le bien a pris de la valeur et son prix de vente sera supérieur à son prix d'acquisition. Cet enrichissement naturel du patrimoine du cédant est taxé au même titre que des revenus, le fait générateur est toutefois la cession, et contrairement à la confusion parfois fréquente en matière mobilière, il convient de différencier ce type de gains des produits liés au patrimoine ou à l'activité.

⁸ Le législateur considère ensuite que le cessionnaire doit acquitter un droit pour accéder à sa nouvelle propriété. Ce n'est plus le gain, mais la mutation elle-même qui est imposée. Peu importe que la mutation ait lieu à titre gratuit ou à titre onéreux.

⁹ C'est le jeu de la spéculation. V. *supra* n° 628.

Paragraphe 1 – Technique sociétaire et imposition des plus-values

810- Grâce à la notion d'enrichissement, le droit fiscal parvient à qualifier de « revenus imposables » des profits qui civilement ne seraient pas considérés comme tels¹⁰. C'est en appliquant cette théorie¹¹ qu'il réussit, par exemple, à imposer les plus-values foncières¹². L'assimilation entre les revenus et les plus-values du patrimoine trouve ses raisons dans l'évolution des sources d'enrichissement. Dégager une plus-value est devenu un objectif à part entière, en matière immobilière comme mobilière. Elle est perçue comme un gain, un revenu ordinaire. La spéculation s'est banalisée. Elle n'est plus seulement le fait du marchand de biens et du boursicotier¹³.

811- La plus-value se définit comme « l'accroissement de valeur d'un bien pendant une période donnée sans l'intervention de son propriétaire »¹⁴. Malgré cette définition différenciée de la notion de revenu, le législateur fiscal saisit l'occasion de l'imposition des revenus et bénéfiques pour percevoir des droits sur ces gains de mutation. Il les distingue toutefois clairement en leur appliquant un régime spécifique. L'identification du redevable de la plus-value peut poser difficultés¹⁵, mais le processus d'imposition est ensuite assez simple.

Les plus-values professionnelles ont été les premières taxées, mais les plus-values affectant le patrimoine privé des particuliers le sont également depuis les années soixante-dix. La lourdeur de l'imposition allait jusqu'à présent *crescendo*. Le législateur restait fidèle à l'idée selon laquelle les gains provenant d'opérations s'inscrivant dans une logique professionnelle doivent être traités avec moins de dureté que les gains résultant d'opérations s'apparentant à du placement. La loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique et le projet de loi de finances pour 2004 semblent modifier cette optique. Le législateur souhaite drainer par tous moyens des capitaux vers les fonds propres des sociétés. La clémence fiscale à

¹⁰ V. GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.) *Op cit.*, n° 79.

¹¹ En effet, en fiscalité, une controverse existe entre les tenants de la théorie de la source et les tenants de la théorie de l'enrichissement. Selon la conception retenue, la faveur va à l'une ou l'autre imposition.

¹² Il les intègre dans les revenus du foyer et elles sont taxées au titre de l'I.R.P.P. Pourtant la plus-value est souvent indépendante de tout travail effectué, voire même de diligences particulières. Au sein de l'impôt sur le revenu, elles font toutefois l'objet d'un traitement spécifique.

¹³ Le Petit Robert, v° boursicotier. Le terme existe depuis 1851 !

¹⁴ GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.) *Op. cit.*, n° 245, p. 175.

¹⁵ V. notamment en cas de démembrement : HOVASSE (H.) Le nouveau régime d'imposition des plus-values en cas de démembrement de droits sociaux : ombres et lumières. Dr. et patrimoine 2002 n° 107, p. 49 et s.

l'égard des investisseurs est de principe¹⁶. Quant au régime des plus-values mobilières, le projet de loi en propose une réforme significative.

812 – Il reste qu'en plus des économies d'impôt possibles, les plus-values bénéficient de modalités de paiement, qui permettent parfois d'avoir une certaine paix fiscale. Le jeu des sursis ou report d'imposition¹⁷ peut constituer des voies d'optimisation fiscale. Ainsi, en cas d'échange de titres ou de réinvestissement dans les P.M.E., certaines dispositions fiscales favorables apparaissent. D'autres opérations bénéficient d'une exonération de l'impôt sur les plus-values¹⁸. Tel est le cas des cessions de participations au profit de membres du groupe familial¹⁹. En outre, une pratique s'est récemment développée dans l'optique de neutraliser les plus-values. Elle consiste suite, à une capitalisation qui permet elle-même de reporter le paiement de l'impôt à la cession, à annuler les plus-values latentes. Une mutation à titre gratuit permet d'éluder l'impôt avant la cession. Le spectre de l'abus de droit se profile toutefois²⁰. Dans ces hypothèses, la technique sociétaires apparaît soit parce qu'elle est la structure d'agents économiques que le législateur veut encourager, soit parce qu'elle permet d'isoler du patrimoine fructifère et de capitaliser ses plus-values. Pour bénéficier de régimes favorables, il est recherché l'apparence de plus-values professionnelles (A) pour des plus-values privées (B).

A - L'imposition des plus-values professionnelles

813- S'agissant des plus-values et moins-values professionnelles, le législateur a édicté un régime commun aux B.I.C., B.N.C. et B.A.²¹. En revanche, une différence subsiste entre sociétés soumises à I.S. et exploitations soumises au régime des sociétés de personnes. C'est ce qui suggère parfois la constitution d'une société soumise à I.S., afin d'optimiser le taux d'imposition des plus-values professionnelles.

¹⁶ A condition qu'ils s'inscrivent dans le long terme !

¹⁷ Il faut les distinguer du sursis au paiement de l'impôt qui résulte d'une contestation. V. BUISSON (J.) *Le sursis au paiement de l'impôt*. L.G.D.J., 1996.- BRUNEAU (P.) et CHOUVELON (T.) *Op. cit.*, p. 199 et s.

¹⁸ Tel est le cas concernant les fonds de communs de placement à risques par exemple. Ou encore, si le projet de loi de finances pour 2004 aboutit, des plus-values réalisées par l'intermédiaire de S.U.I.R.

¹⁹ Art. 150-0 A, 1-3 C.G.I. La société doit toutefois être soumise à I.S. et aucune revente à un tiers ne doit avoir lieu dans les cinq ans. BRUNEAU (P.) et CHOUVELON (T.) *Op. cit.*, p. 204.

²⁰ BORNHAUSER (M.) Donation de droits sociaux précédant leur cession : la prudence reste de rigueur. Dr. fiscal 28 mai 2003, p. 765 et s.

²¹ Il s'agit là des seules dispositions totalement communes aux trois types de bénéficiaires, outre des dispositions relatives aux centres et associations de gestion agréées, aux actes anormaux de gestion et à la théorie élaborée concernant les erreurs et décisions de gestion.

La loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique a modifié les cas d'exonération. Pour les plus-values réalisées au cours des exercices clos à compter du 1 janvier 2004, le seuil de chiffre d'affaires autorisant l'exonération totale est porté à 250 000 € T.T.C pour les entreprises industrielles et commerciales de vente ou fourniture de logement et les exploitations agricoles et à 90 000 € pour les entreprises de prestations de services et les titulaires de B.N.C. Une exonération partielle dégressive est par ailleurs instituée pour les exploitants dont les recettes excèdent ces seuils sans dépasser respectivement 350 000 € T.T.C. et 126 000 € T.T.C.

La mutation des immobilisations (1) se distingue de celle des valeurs sociétaires (2).

1 – La mutation des immobilisations

814- Le profit exceptionnel réalisé par une entreprise lors de la cession d'un actif professionnel²² est imposé. Si le prix de vente est identique à la valeur nette comptable du bien cédé, il n'y a ni plus-value ni moins-value et donc aucune imposition. Si ce prix est supérieur à la valeur nette comptable du bien cédé, l'entreprise dégage une plus-value imposable, aux termes de l'article 39 *duodecies* du C.G.I.²³. Si le prix de cession y est inférieur, elle constate une moins-value. Cette dernière peut être imputée sur une plus-value de même portée ce qui diminue la base imposable.

815- Le droit fiscal ne traite pas toutes ces cessions de la même manière. Avec un souci de réalisme, il tient compte de la durée de détention du bien. Si la vente intervient peu de temps après l'acquisition du bien, il y a une présomption de spéculation. En effet, une immobilisation a plutôt vocation à être utilisée durablement par l'entreprise pour l'exercice de son activité. Sur ce fondement, les plus-values à court terme (a) s'opposent aux plus-values à long terme (b).

a- L'imposition des plus-values à court terme

816- La présomption de spéculation justifie que le législateur fiscal traite ce gain comme n'importe quel autre profit ou revenu. Peu importe donc la source du gain, le seul

²² Un instrument de travail, donc.

²³ Sur le prix de revient des parts pour le calcul de la plus-value, v. le revirement : Conseil d'Etat, 16 février 2000. R.J.F. 2000, p. 203, concl. BACHELIER (G.)

enrichissement légitime son intégration dans l'ensemble des résultats de l'entreprise. La plus-value est donc imposée comme un bénéfice.

817- Qu'il s'agisse des B.I.C., B.N.C. et B.A. ou de l'I.S., la plus-value à court terme se définit de la même manière. L'administration fiscale est en quête de vérité, ce qui conduit à suspecter le moindre amortissement excessif générant une plus-value. Il est donc prévu qu'une plus-value est à court terme dans deux cas.

D'abord, lorsque l'immobilisation est cédée moins de deux ans après son acquisition sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'elle est amortissable ou non.

Ensuite, lorsque la plus-value est issue de la cession d'une immobilisation amortissable acquise plus de deux ans auparavant, elle est dite à court terme jusqu'à hauteur des amortissements réalisés ; pour le solde, elle est qualifiée à long terme²⁴.

Le calcul se fait sur l'exercice. La plus-value doit être réalisée et non seulement latente. Une fois le solde net calculé, il se dégage soit une plus-value nette à court terme à ajouter au bénéfice imposable de l'exercice, soit une moins-value à court terme imputable sur le bénéfice imposable ou, à défaut, imputable et reportable dans les conditions de droit commun.

818- Les régimes se différencient en revanche au niveau des taux d'imposition appliqués à ces gains²⁵. Le taux d'I.S. est connu et invariable, si bien que la plus-value à court terme est imposée, comme n'importe quel bénéfice, au taux de 33,33 %²⁶. A défaut d'assujettissement à l'I.S., le résultat imposable est ajouté aux revenus du foyer fiscal et soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu. La plus-value nette imposable est susceptible d'être imposée à des taux rédhitoires, même si une possibilité d'étalement sur trois ans est offerte²⁷. L'opportunité d'adopter la forme d'une société soumise à l'I.S. ou pouvant opter pour l'I.S. dépend donc de l'importance des résultats réalisés²⁸.

²⁴ Le législateur soupçonne l'amortissement pratiqué d'avoir été excessif, ce qui explique le dégagement d'une plus-value, de surcroît, en déduction du résultat imposable. Les rentrées fiscales ayant été diminuées, il est procédé ainsi à la récupération de l'impôt éludé.

²⁵ Il est à noter toutefois que les petites entreprises bénéficient d'une exonération générale de leurs plus-values (Art. 151 *septies* et 202 *bis* C.G.I.) Peu importe que l'entreprise soit exploitée en nom propre ou sous la forme d'une société de personnes, il suffit que les recettes hors taxes n'excèdent pas la double limite du régime micro pour l'année civile au cours de laquelle la plus-value est réalisée.

²⁶ Les contributions additionnelles s'y ajoutent (C.R.D.S., C.S.G. et prélèvement social).

²⁷ V. Revue fiduciaire n° 898, supplément de février-mars 2002, n° 1488, p. 409.

²⁸ Il s'agit de comparer le taux qui serait potentiellement applicable dans le régime des B.I.C. à celui de l'impôt sur les sociétés.

819- Les plus-values à long terme jouissent d'un régime fiscal plus conforme à la gestion normale d'une immobilisation.

b- L'imposition des plus-values à long terme

820- La définition des plus-values à long terme est symétrique à celle des plus-values à court terme. L'imposition diffère toutefois selon que la société est soumise au régime applicable aux B.I.C., B.N.C. et B.A. ou à l'I.S.

Dans la première hypothèse, lorsque se dégage un solde positif de plus-value à long terme, ce dernier est taxé au taux réduit de 16 %²⁹. En cas de moins-value nette à long terme, elle ne peut s'imputer que sur les plus-values à long terme des dix exercices suivants. Toutefois, en cas de cessation d'activité, elle peut s'imputer sur le dernier bénéfice³⁰.

821- Dans la seconde hypothèse d'imposition à l'I.S., le régime diffère.

Depuis 1997, certaines plus-values à long terme sont assujetties à un régime spécifique. Son domaine est limité à la cession de titres de participation, aux résultats nets de concessions de licences d'exploitation de brevets, d'inventions brevetables ou de procédés de fabrication et à certains dividendes reçus de sociétés de capital-risque. La plus-value nette à long terme est alors soumise à une imposition de 19 %³¹. En contrepartie de ce régime de faveur, le solde de la plus-value après impôt doit être porté sur un compte de réserve spéciale³² inscrite au passif du bilan³³. Il s'agit en fait d'une incitation à l'autofinancement. Si ces sommes étaient distribuées, elles seraient soumises à une imposition différentielle à l'I.S. au taux en vigueur diminué des impositions déjà versées.

Toutes les autres plus-values à long terme sont imposées comme des bénéfices au taux normal de l'I.S.

²⁹ Auquel il faut éventuellement ajouter des contributions additionnelles, ce qui porte le taux effectif à 26 %.

³⁰ La règle est d'ailleurs identique s'agissant de sociétés soumises à l'I.S. Si la société cesse son activité les moins-values nettes à long terme peuvent s'imputer sur les résultats de l'exercice, dans la limite du rapport existant entre le taux d'imposition des plus-values à long terme et le taux d'I.S. alors en vigueur (actuellement 19/36,66).

³¹ À laquelle s'ajoute une contribution additionnelle de 3 % pour les exercices clos à compter de 2002. Le cas échéant, s'ajoute également la contribution sociale sur les bénéfices des sociétés au taux de 3,3 % pour les entreprises dont le montant de l'I.S. excède 763.000 euros. V. sur ce point : revue fiduciaire n° 898, supplément de février-mars 2002, n° 1532, p. 426.

³² Sur une condition d'inscription à la réserve spéciale, v. Conseil d'Etat, 23 novembre 2001. R.J.F. 2002, n° 2, p. 109, concl. COURTIAL (J.)

³³ Art. 209 *quater* du C.G.I.

822- Le régime des sociétés de personnes et le régime de faveur des sociétés soumises à I.S. aboutissent, compte tenu des taxes additionnelles, à un taux d'imposition similaire à celui des plus-values à long terme. La technique sociétaire, et en particulier l'adoption d'une société soumise à l'I.S., constitue une forme d'optimisation fiscale pertinente à l'égard des seules plus-values à court terme³⁴.

2 – La mutation des valeurs sociétaires

823- Le réalisme fiscal conduit à soumettre la plus-value dégagée lors de la cession de certains titres sociaux au régime des plus-values professionnelles. A ce titre, les gains réalisés jouissent d'une certaine clémence fiscale.

Les titres cédés doivent constituer une véritable participation dans la société cible, pour bénéficier du régime des plus-values professionnelles. Il ne peut s'agir d'un placement, et donc, d'une forme de spéculation.

Les valeurs cédées doivent représenter un actif professionnel : elles sont pour leur détenteur un support de son activité³⁵.

824- Lorsque le contribuable exerce son activité dans une société de personnes, ses parts sont considérées comme des éléments de l'actif immobilisé affectés à l'exercice de la profession. Lors de leur cession, la plus-value professionnelle est donc soumise au régime applicable aux immobilisations³⁶. Concernant une plus-value à long terme, par exemple, le régime est plutôt favorable puisque le taux est réduit à 16%³⁷.

La même idée, consistant à récompenser la participation à l'activité, se retrouve à l'analyse du sort fiscal réservé aux bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise. En principe, le gain est soumis au taux réduit de 16 %. Mais si le bénéficiaire cède les bons et

³⁴ Et donc, dans une certaine optique de spéculation.

³⁵ Ces valeurs sociétaires se distinguent grandement des valeurs mobilières incluant des titres n'ayant pas de caractère d'activité, mais uniquement celui de placements financiers. Le choix de la référence aux valeurs sociétaires, et non aux valeurs mobilières, dans l'intitulé de ce paragraphe, se justifie ainsi.

³⁶ V. *supra* n° 814 et s.

³⁷ Pour l'appréciation de plus-values professionnelles, un arrêt récent concerne le gérant d'une société civile agricole. V. Conseil d'Etat, 8 mars 2002. D.F. 2002. comm. 469, concl. MAIRE (M.)

réalise les gains alors qu'il y exerce des fonctions depuis moins de trois ans, le taux est porté à 30 %³⁸.

825- Concernant les sociétés soumises à l'I.S., les cessions de titres de participation bénéficient du régime de faveur applicable aux plus-values à long terme. Ces titres de participation³⁹ sont constitués « par des droits dans le capital d'autres entreprises (*sic*), matérialisés ou non par des titres qui, en créant un lien durable avec celles-ci, sont destinés à contribuer à l'activité de la société détentrice »⁴⁰.

Selon l'administration, différents titres peuvent revêtir le caractère de titres de participation⁴¹. Il s'agit, *d'abord*, des titres détenus dans une société émettrice par une société exerçant sur elle, conjointement avec d'autres sociétés, une influence ou un contrôle. Peu importe que cette influence ou ce contrôle ne soit pas exercé personnellement et uniquement par la société détentrice des titres. Cet ensemble peut donc se caractériser par des liens en capital suffisants pour présumer l'existence d'une communauté d'intérêts à l'égard de la société émettrice. Il peut encore se manifester par des conventions entre chacune des sociétés en cause, ayant pour objet de déléguer à l'une d'entre elles l'exercice de l'influence ou du contrôle dans la société émettrice. Dans ces situations, la qualification de titres de participation suppose que ceux-ci soient détenus durablement et inscrits en tant que tels en comptabilité.

Il s'agit également des titres détenus durablement dans une autre filiale du groupe (société soeur), s'ils sont inscrits en tant que tels en comptabilité. Deux filiales appartiennent à un même groupe lorsqu'elles sont contrôlées directement ou indirectement par une même société. Dès lors que l'appartenance à un groupe permet de présumer que la société détentrice participe à l'exercice concerté du contrôle sur la société soeur émettrice des titres, cette règle trouve à s'appliquer. Elle s'exerce alors même que, prise isolément, cette participation, en raison notamment de sa faible importance, n'aurait pas satisfait aux critères d'utilité ou d'influence précédemment définis.

³⁸ Il convient d'ajouter à ces taux les taxes additionnelles. Art. 163 bis G. C.G.I.- V. également régime fiscal des stock-options relaté *supra* n° 582 et s. *Adde* : POUILLE (L.) *La situation fiscale de l'associé lors d'une remise gratuite de titres*. L.G.D.J., 2000.

³⁹ V. Revue fiduciaire n° 898, supplément de février mars 2002, n° 1518, p. 418.

⁴⁰ Décret 83-1020, art. 20

⁴¹ TA PARIS, 26 juin 2001. R.J.F. 2002, n° 4, p. 301 – Cette décision est une des premières à se prononcer sur la qualification de titres de participation. La qualification serait indépendante du niveau de la participation.

Il s'agit, *encore*, des participations détenues dans le capital de sociétés de personnes si leur détention satisfait aux critères ci-dessus et, bien entendu, dans la mesure où ces titres ne sont pas considérés comme des éléments de leur stock⁴².

826- La plus-value réalisée, si la cession de ces titres intervient plus de deux ans après l'acquisition, est imposée au taux de 19 % auquel pourront s'ajouter les majorations exceptionnelles d'I.S.

827- Une technique d'optimisation fiscale consiste donc à transformer certains actifs en titres de participation afin de bénéficier des faveurs du régime. Tel est le cas de la transformation des immeubles par exemple⁴³. Il est ainsi fait usage de la technique sociétaire, et notamment des valeurs sociétaires, afin d'optimiser l'impôt.

828- Afin de saisir la faveur faite par l'administration fiscale, il faut comparer ce régime à celui des titres de placement. Leur cession s'apparente, en effet, davantage à une opération de gestion de patrimoine privé.

Toutefois un comportement se distingue. Certains particuliers effectuent à titre habituel des opérations de bourse⁴⁴. Les gains qui en découlent sont imposés comme des bénéfices non commerciaux selon les conditions de droit commun⁴⁵, mais seulement pour les années d'impositions antérieures à 2000. En effet, la loi de finance pour 2000 a modifié ce régime pour soumettre notamment les plus-values tirées de cessions importantes de valeurs mobilières à l'article 150-0 A du Code général des impôts.

⁴² Ne sont pas considérés comme des titres de participation les actions à dividende prioritaire sans droit de vote et les certificats d'investissement. Toutefois, ces titres demeurent soumis au régime des plus-values lorsque l'entreprise détient, en tant que titres de participation, des actions ordinaires émises par la même société et que les actions à dividende prioritaire sont inscrites au compte « Titres de participation ». Cette tolérance est applicable dans les mêmes conditions aux certificats d'investissement. Les actions propres, pour une société qui a procédé au rachat de ses propres titres ne sont pas plus considérées comme des titres de participation.

⁴³ COZIAN (M.) L'art de minimiser l'imposition des plus-values : transformer les immeubles en titres de participation. Petites affiches 1999, n° 180, p. 3.

⁴⁴ DUHEM (J.) Doctrine, faut-il craindre les dispositions de l'art. 92-2 C.G.I. ? A propos de l'imposition des profits provenant d'opérations de bourse effectuées à titre habituel par des particuliers. J.C.P. éd. N. 2001, p. 1559. J.C.P. éd. N. 2001, p. 1559.

⁴⁵ Art. 92-2 C.G.I. Conseil d'Etat, 23 novembre 1998. Dr. sociétés mois ? 1999, comm. 120, note PIERRE (J.-I.) ; Dr. fiscal 1999, n° 15-16, comm. 309, concl. GOULARD (G.)- Conseil d'Etat, 3 février 2003. Dr. sociétés mai 2003, n° 96, p. 33, note PIERRE (J.-L.) *Adde* : Sur la difficulté de qualification de opérations de bourses effectuées à titre habituel par des particuliers, v. par exemple : Conseil d'Etat, 25 avril 2003. Dr. fiscal 2003, comm. n° 486, p. 864, note PIERRE (J.-L.) ; Dr. sociétés juillet 2003, n° 136, p. 36 : à propos de gains réalisés par un particulier, qui a mandaté deux banques d'affaires pour gérer son portefeuille. Le Conseil d'Etat écarte l'application de l'art. 92-2 C.G.I. malgré l'ampleur des opérations réalisées.

Lorsque les valeurs sociétaires ne constituent plus un support d'activité, leur acquisition est seulement motivée par la fructification possible du patrimoine⁴⁶. Le législateur fiscal est alors moins clément. Il apparente ces gains à ceux réalisés avec n'importe quelle autre valeur mobilière : il s'agit de plus-values privées.

B - L'imposition des plus-values privées

829- Les plus-values privées sont celles réalisées dans le cadre de la cession d'un actif du patrimoine privé. La technique sociétaire permet de minorer l'impôt sur les plus-values privées. Les valeurs sociétaires, d'abord, peuvent être choisies comme placement, puisqu'elles contribuent à la fructification du patrimoine. Le régime de plus-value qui leur est applicable est intéressant. La société, ensuite, structure les valeurs du patrimoine et les fait bénéficier de taux plus avantageux en cas de plus-value. L'examen des plus-values privées conduit donc à distinguer les plus-values sur valeurs mobilières (1) et les plus-values immobilières (2).

1 – La mutation des valeurs mobilières

830- Le régime des plus-values sur valeurs mobilières⁴⁷ est le résultat d'une succession de lois complexes rendues applicables par maints aménagements⁴⁸. Il en résulte des régimes distincts⁴⁹, présentant néanmoins des caractéristiques communes.

831- Plusieurs principes alimentent le régime commun.

Seules les cessions à titre onéreux sont prises en compte. Le calcul se fait par la soustraction du prix d'acquisition du prix de cession réel⁵⁰. Une compensation entre plus-

⁴⁶ Et intègre l'idée de spéculation.

⁴⁷ Art. 150-0 A et suivants C.G.I.

⁴⁸ V. pour l'historique : GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.), *Op. cit.*, n° 257, p. 183. - La loi de finances pour 2000 a tenté toutefois d'unifier certains régimes d'imposition et de simplifier certaines obligations déclaratives. V. OUDENOT (P.) *Op. cit.*, p. 725.

⁴⁹ Il existe notamment des cas d'exonération de plus-value. Toutefois, ils ne constituent pas des pistes d'optimisation fiscale puisque peuvent y prétendre les seules collectivités publiques ou privées dépourvues de but lucratif (forme d'établissement public ou association). Leur plus-value de cession de valeurs mobilières est donc exonérée.- De leur côté, les plus-values boursières sont susceptibles d'être taxées au titre des B.N.C. lorsqu'elles sont réalisées par des « spéculateurs professionnels » Art. 92-2-1° C.G.I. (v. *supra* note de bas de page 44).

⁵⁰ Il est possible de déduire des frais ou d'ajouter des charges augmentatives.

values et moins-values de même nature est admise⁵¹, avec report possible de 5 ans à 10 ans en cas de moins-values nettes⁵².

Ces plus-values ne sont pas intégrées aux revenus imposables pour subir le barème progressif d'impôt sur le revenu. A défaut d'application d'un régime spécifique, elles sont taxées au taux de 16%, auquel s'ajoutent les taxes additionnelles pour 10%.

Ce taux est intéressant comparativement au taux marginal de l'impôt sur le revenu⁵³. Les plus-values mobilières sont traitées avec clémence par le législateur fiscal, sans que soient posées de conditions de détention⁵⁴. La technique sociétaire est donc une cible intéressante de placement au regard de l'impôt sur la plus-value.

832 Certaines plus-values sont exonérées. C'est le cas de celles procurées par les placements effectués dans les plans d'épargne en actions. Aucun retrait ne doit avoir été effectué pendant une période de cinq ans⁵⁵. C'est le cas encore des plus-values réalisées à l'occasion de la cession ou du rachat de parts de F.C.P. à risques⁵⁶, si l'opération intervient après l'expiration d'une période d'indisponibilité de cinq ans.

833- Il convient de relever en outre, certaines particularités concernant deux types de valeurs mobilières⁵⁷.

En premier lieu, certains gains sont imposables au titre des B.N.C. Tel est le cas des plus-values sur O.P.C.V.M., sur titres de sociétés cotées en bourse, sur obligations non cotées, sur participation inférieure à 25 % dans les SARL et sociétés non cotées (régime des plus-values sur valeurs mobilières et droits sociaux).

La plus-value est imposable si elle excède la limite de 7.650 euros pour les revenus 2002 et 15.000 euros à compter des revenus de 2003⁵⁸. Une fois la limite franchie la totalité est taxable, ce qui provoque un phénomène de ressaut. Le taux applicable est de 16%⁵⁹. Ce taux d'imposition est à comparer avec celui susceptible de s'appliquer aux revenus mobiliers au

⁵¹ À l'inverse de ce qui est la règle en matière de plus-values immobilières.

⁵² V. art. 150-0 D-11 C.G.I.- L'art 4 de la loi de finances pour 2003 a allongé le délai de report de pertes pour les moins-values subies à compter de 2002 ; ce délai est porté à 10 ans.

⁵³ Il reste de surcroît inférieur au taux applicable aux plus-values de titre de participation des sociétés soumises à l'I.S.

⁵⁴ Contrairement à ce qui se passe pour les plus-values professionnelles.

⁵⁵ Art. 163 *quinquies* D C.G.I.

⁵⁶ V. *supra* n° 641. Il s'agit d'incitation fiscale à l'investissement à long terme dans l'entreprise sociétaire.

⁵⁷ V. également pour plus de détails sur les régimes d'imposition, Revue fiduciaire n° 896, supplément janvier-février 2002, n° 1710 et s., p. 380 et s.

⁵⁸ Ce seuil a été relevé par l'art. 5 de la loi de finances pour 2003. V. art. 150-O A C.G.I.

⁵⁹ Auquel s'ajoute les prélèvements sociaux additionnels de 10 %.

titre de l'I.R.P.P. Concernant ces titres, des stratégies fiscales de capitalisation sont préconisées. Il est préférable d'effectuer un gain qualifié de plus-value qui est capitalisé au sein d'une société soumise à I.S. plutôt que de percevoir des dividendes⁶⁰.

834- *En second lieu*, un régime particulier s'applique aux plus-values de cession de titres de sociétés soumises à l'I.S., réalisées par un associé qui a détenu, à un moment quelconque des cinq dernières années, directement ou non⁶¹, plus de 25% des participations. La plus-value est imposée quel que soit le montant de la cession. Sont donc ici visées les sociétés de famille qui ne distribuent pas de bénéfices et qui pouvaient encaisser auparavant une plus-value conséquente en dehors de toute taxation.

De même, les plus-values réalisées par un associé d'une société de personnes soumise à l'I.R. sont imposables depuis 1991 quel que soit le montant des parts vendues. L'hypothèse intéresse l'associé qui détient une participation sans en faire son activité professionnelle habituelle, car à défaut il serait imposable au titre des plus-values professionnelles⁶².

835- Le régime des plus-values privées est relativement favorable aux valeurs mobilières. Le taux d'imposition est bloqué à 26 % et certains gains sur droits sociaux bénéficient, de plus, d'un seuil minimal en dessous duquel ils sont exonérés.

Ce sont toutefois des biens et droits mobiliers plus imposés que d'autres. Le régime de droit commun exonère les plus-values réalisées sur la cession des meubles meublants, des appareils ménagers, des voitures automobiles (sauf voitures de collection)⁶³. Ces cessions sont moins lucratives que celles résultant de la cession de valeurs mobilières lorsque le marché boursier s'y prête, ou de certains immeubles.

⁶⁰ La technique sociétaire est évidemment au centre de cette opportunité d'optimisation fiscale, puisque la mobilité des actions, en particulier au sein de l'O.P.C.V.M., permet la réalisation de gains et la fructification du patrimoine.

⁶¹ En effet, on tient compte des parts détenues par son conjoint, ses ascendants et descendants, et ceux de son conjoint. C'est une conception très large du foyer fiscal.

⁶² V. *supra* n° 823.

⁶³ En réalité, cela intéresse surtout les cessions de bateaux de plaisance, de chevaux de course, etc.- La taxation des plus-values sur cession de biens meubles n'intervient que lorsque les cessions dépassent 3.050 euros par an.- Les frais d'acquisition sont retenus pour leur montant réel. Les plus-values à court terme sont celles de moins d'un an. Au delà, s'applique un coefficient d'érosion monétaire et un abattement de 5 % par année de possession au delà de la première. L'exonération a donc lieu après 21 ans de possession.- Elles bénéficient, en outre, d'un abattement général de 915 euros, qui s'applique à l'ensemble des plus-values mobilières et immobilières.- On peut également mentionner l'existence d'un régime spécifique de taxation forfaitaire concernant les objets et métaux précieux que sont par exemple les œuvres d'art, antiquités, bijoux, etc. Sont exonérées les ventes d'objets précieux dont le prix de chaque vente n'excède pas 3.050 euros, ainsi que les cessions aux musées et bibliothèques. La taxe est calculée sur le prix de vente à des taux différents selon la nature du bien, mais rien n'empêche le vendeur d'opter pour le régime de droit commun s'il peut justifier des date et prix d'acquisition. (art. 150 V bis C.G.I.)

2 – La mutation des immeubles

836- Les plus-values immobilières effectivement réalisées à l'occasion d'une cession⁶⁴ à titre onéreux⁶⁵ sont imposées avec les revenus du contribuable⁶⁶. Elles sont donc soumises au barème progressif, ce qui peut s'avérer très lourd⁶⁷.

Sont concernés par ces règles de plus-value immobilière, les personnes physiques agissant dans le cadre de leur patrimoine privé. S'y ajoutent les sociétés transparentes de l'article 1655 *ter* du C.G.I., les sociétés immobilières non passibles de l'I.S., ainsi que les sociétés à prépondérance immobilière⁶⁸. Lorsque ces sociétés cèdent un immeuble leur appartenant, l'impôt sur la plus-value est calculé comme s'il s'agissait d'un particulier. Tout montage sociétaire de nature à assujettir les gains réalisés au régime des plus-values de valeurs mobilières au taux de 26 % est donc freiné. La neutralité fiscale est totale. La constitution d'une société ne minore pas l'impôt. Il est même possible de dire que cette assimilation joue parfois en faveur du contribuable⁶⁹. En effet, le régime des plus-values immobilières comporte un certain nombre d'aménagements pouvant conduire à une exonération. Alors même que les biens immobiliers sont structurés par une société, il est possible de bénéficier de ces faveurs fiscales.

837- Ainsi, de nombreuses plus-values sont exonérées.

En premier lieu, certaines exonérations sont liées à la nature du bien cédé.

C'est d'abord le cas de la cession de la résidence principale. Cette règle s'applique aussi aux immeubles occupés à ce titre par les associés d'une société transparente propriétaire de cet immeuble⁷⁰. Le souci de neutralité fiscale joue donc en faveur du contribuable.

⁶⁴ Le fait générateur est la cession, quelles que soient les modalités de paiement du prix. Ceci peut mettre le contribuable dans une situation où il paiera l'impôt avant d'avoir perçu le prix de vente ce qui est critiquable.

⁶⁵ Les opérations à titre gratuit (donation, succession) laissent les plus-values latentes échapper à l'impôt.

⁶⁶ Elles sont simplement ajoutées aux autres revenus.

⁶⁷ Il est tenu compte toutefois des seules plus-values réelles et non de celles résultant de l'érosion monétaire.

⁶⁸ Sur les difficultés de la notion de prépondérance immobilière, v. GERBINO (E.) La notion de prépondérance immobilière au regard de l'imposition des plus-values privées en droit interne : faux débat ou vrai problème ? D.F. 2000, n° 6, p. 290 et s.

⁶⁹ C'est le cas pour l'exonération de plus-value pour résidence principale. V. *infra* n° 837.

⁷⁰ Conseil d'Etat, 8 juillet 1998, Monvoisin, R.J.F. 1998, n° 8-9, n° 844.- R.T.D.Com 1998, p. 221, note DEBOISSY (F.)- Dr. sociétés 1999, p. 20, note PIERRE (J.L.)- A.J.D.I. 1998, p. 940, note MAUBLANC (J.P.)- V. CHAPPERT (A.) L'exonération de plus-value lorsqu'un logement est détenu par une S.C.I. Défrénois 1983, art. 35635, et note sous l'arrêt du Conseil d'Etat sus-visé : Défrénois 1999, art. 36967, p. 474.

C'est également le cas de la première cession d'un logement depuis le 1^{er} janvier 1982 aux conditions que le cédant ne soit pas propriétaire de sa résidence principale, que l'immeuble soit acquis ou achevé depuis au moins 5 ans⁷¹ et que la cession n'intervienne pas moins de deux ans après celle de la résidence principale. A l'égard de cette exonération, la forme sociétaire est de la même manière neutre⁷².

Sont ensuite exonérés des terrains agricoles ou forestiers dont le prix de cession ne dépasse pas 0,61 euros le m², voire 3,96 euros pour certains vignobles, etc⁷³.

Enfin, sont exonérées les plus-values réalisées à l'occasion de cession immeubles détenus depuis plus de 22 ans.

En *second lieu*, certaines exonérations sont liées à la nature de la cession⁷⁴ ou à la qualité du cédant⁷⁵.

Le projet de loi de finances pour 2004 ambitionne de modifier considérablement les modalités d'imposition des plus-values immobilières. Par exemple, l'exonération totale aura lieu au bout de 15 ans. La suppression du coefficient d'érosion monétaire est prévue, ainsi qu'un abattement forfaitaire de 15 % du prix d'acquisition du bien pour travaux. Le taux, hors prélèvements sociaux, devrait être fixé à 16 %. L'impôt serait perçu lors de la mutation, au moment du versement du prix par l'acquéreur⁷⁶.

838- De même, les règles de calcul des plus-values immobilières s'appliquent en raison de la transparence. Les sociétés profitent ainsi des règles de déduction de charges et des abattements⁷⁷. La distinction opérée entre plus-value à court terme et à long terme est pareillement opérée⁷⁸.

⁷¹ Sauf circonstances personnelles ou professionnelles du contribuable.

⁷² La jurisprudence *Monvoisin* est applicable également à la première cession d'un logement. Conseil d'Etat, 8 septembre 1999. R.T.D. com 2000, p. 206 et s.

⁷³ V. art. 150-D 2^o C.G.I.

⁷⁴ Les remboursements et opérations assimilées (art. 150-D 5^o C.G.I.) ne sont pas imposés mais sont des opérations intercalaires. De même, les expropriations sont exonérées (art. 150-E C.G.I.) si l'indemnité principale est remployée dans le délai de six mois dans un bien de même nature. Sont exonérées également les plus-values résultant de l'encaissement d'indemnités suite à un sinistre total ou partiel sur un bien personnel. Enfin, la plus-value est exonérée si le prix de vente total ne dépasse pas 4.600 euros (art. 150-F C.G.I.)

⁷⁵ Les plus-values sont exonérées si la valeur d'ensemble du patrimoine immobilier du foyer fiscal n'excède pas 61.000 euros augmenté de 15.250 euros par enfant à charge à partir du troisième.

⁷⁶ V. J.C.P. éd. E. 2003, act. 263.

⁷⁷ Le calcul de la plus-value (art. 150-H C.G.I.) s'effectue par déduction du prix de cession, augmenté des charges augmentatives ou diminué des taxes ou frais acquittés, du prix d'acquisition ou la valeur vénale du bien au moment de l'acquisition si elle a eu lieu à titre gratuit. La valeur d'acquisition est augmentée de dépenses effectuées par le contribuable telles que frais d'acquisition, dépenses de construction, rénovation etc., frais de voiries, etc.- S'appliquent ensuite des abattements qui n'ont pas été réévalués depuis 1976 : un abattement général de 915 euros s'applique au total imposable des plus-values réalisées au cours de la même année ; un abattement spécial concerne la première cession de résidence secondaire dont le propriétaire a eu la disposition pendant cinq

839- Les stratégies fiscales usant des sociétés se font donc rares. Le choix quant au *montant du capital social* peut être motivé par un souci d'optimisation fiscale. En effet, si le capital social est très bas (le financement étant assuré par des avances en compte courant des associés ou des emprunts bancaires), la plus-value peut s'avérer particulièrement importante⁷⁹. Il est donc préconisé de constituer un capital couvrant la valeur de l'immeuble et les frais d'acquisition, afin de minorer les risques de plus-values⁸⁰. Ce capital n'a pas à être intégralement libéré, mais cela peut poser des problèmes au moment de la revente⁸¹.

840- Encore une fois, le régime des plus-values des titres des sociétés immobilières soumises à I.S. doit être comparé au taux marginal de l'I.R.P.P. susceptible de s'appliquer une fois les abattements, exonérations et réductions éclusés. En particulier, les SIIC bénéficient d'un régime optionnel d'exonération des plus-values sous certaines conditions⁸². Un autre montage permet encore d'éviter la plus-value. Il consiste à superposer une société immobilière soumise à I.S. et un P.E.A. Les plus-values de société à prépondérance immobilière sont transformées en plus-values de cessions de titres⁸³.

841- *En conclusion*, le régime d'imposition des plus-values est plus clément que le régime d'imposition des revenus. Pour cette raison, l'utilisation des plus-values comme pistes d'optimisation, parfois associée à la technique sociétaire, concerne tous les types de revenus.

ans ; un second abattement spécial s'applique en cas d'expropriation, mais il ne se cumule pas avec l'abattement général.

⁷⁸ V. art. 150-J et K C.G.I. Les premières concernent les immeubles acquis depuis moins de deux ans. Elles sont assimilées à un revenu ordinaire et taxées à l'impôt sur le revenu avec pour seul correctif l'abattement général, et s'il y a lieu un des abattements spéciaux. La spéculation est donc maltraitée y compris en matière immobilière. Les plus-values à long terme, en revanche, bénéficient de mesures de faveur. Une révision se fait en fonction de l'érosion monétaire en réévaluant le prix d'acquisition et ses charges augmentatives. Un abattement est appliqué en fonction de la durée de possession du bien (5 % par année de possession au delà de la deuxième). On applique le système du quotient et enfin, on peut procéder à l'étalement du paiement de l'impôt. - Aucune compensation entre plus-value et moins-value immobilière n'est admise. C'est une iniquité fiscale. Cette règle ne respecte pas le principe général de compensation au sein d'une même catégorie d'impôt. Cette compensation est admise concernant les cessions de valeurs mobilières. Il y a donc là un avantage à détenir des titres de sociétés plutôt que des immeubles.

⁷⁹ Et l'impôt douloureux...

⁸⁰ Si en revanche l'intention est de transmettre à titre gratuit, un capital faible sera préconisé afin de minorer l'assiette des droits de mutation. V. *infra* n° 868.

⁸¹ JADAUD (B.) Incidences fiscales des conditions de libération du capital des S.C.I. Defrénois 1992, art. 35253, p. 545. - GARCON (J.-P.) La libération différée du capital social des S.C.I. de gestion. J.C.P. ed. N. 1993, I, p. 431.

⁸² Pour les SIIC, le régime des plus-values peut bénéficier sur option d'exonération. V. sur ce point : La revue fiduciaire du 1^{er} janvier 2003 FH 2952, n° 42 et s., p. 21 et s.

⁸³ BRUNEAU (P.) et CHOUVELON (T.) *Op. cit.*, n° 431.

Ainsi, il est recherché un moyen de capitaliser les revenus professionnels⁸⁴, afin de bénéficier de l'imposition des plus-values à long terme⁸⁵. La démarche part du constat que les revenus professionnels sont nécessairement maltraités par le droit fiscal⁸⁶. La capitalisation des revenus fonciers et des revenus mobiliers⁸⁷ est conseillée. Le recours à une société soumise à I.S. est préconisé dans toutes ces hypothèses⁸⁸.

Certains ouvrages de gestion fiscale du patrimoine encouragent aujourd'hui une utilisation abusive des plus-values, de manière à éluder l'impôt, voire à constituer des avoirs fiscaux. Ces montages risquent la sanction de l'abus de droit. L'affaire des fonds turbo a illustré l'hypothèse d'une recherche abusive de constitution de crédit d'impôt. Un récent arrêt du tribunal administratif de Paris dénonce l'utilisation des moins-values. Sont constitutives d'un abus de droit, des opérations d'achat de titres quelques jours avant le versement des dividendes, suivies de leur revente immédiatement après, entraînant la constatation d'une moins-value égale aux dividendes perçus, dans la mesure où l'opération a pour seul but de permettre à l'acquéreur d'imputer les avoirs fiscaux attachés aux dividendes en cause⁸⁹.

842- Le législateur joue toutefois lui-même avec ces distinctions. Cette politique fiscale ouvre donc des choix au contribuable⁹⁰. En effet, la technique sociétaire permet de verser une rémunération sous une autre forme que le salaire. Les stock-options, les bons de créateurs d'entreprise, la participation et l'intéressement des salariés, les plans d'épargne entreprise sont autant de formes de rémunérations⁹¹, utilisant le mécanisme des plus-values et bénéficiant d'avantages fiscaux⁹². Ils n'encourent pas l'abus de droit fiscal. Ils suscitent seulement des questions de l'opinion publique. Pour le législateur aussi, la société est donc non seulement un mode de constitution de patrimoine, mais encore un mode d'optimisation fiscale. De véritables économies fiscales s'avèrent possibles en choisissant la société comme cible du placement ou comme structure du placement.

⁸⁴ BRUNEAU (P.) et CHOUVELON (T.) *Op. cit.*, p. 31 et s.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 67 et s.

⁸⁶ FERNOUX (P.) L'impôt sur le revenu ou comment décourager l'activité professionnelle. R.D. banc. Et bourse, Ingénierie patrimoniale, sept-oct. 1999, p. 2.

⁸⁷ Comme par l'intermédiaire de O.P.C.V.M.

⁸⁸ CHOUVELON (T.) Opportunité de la gestion de patrimoine dans le cadre d'une société soumise à l'I.S. R.D. banc. mai-juin 1998. Ingénierie patrimoniale n° 67, p. 30.

⁸⁹ TA PARIS, 26 juin 2001. R.J.F. 2002, n° 4, p. 301. Comp. avec les conseils prodigués par : BRUNEAU (P.) et CHOUVELON (T.) *Op. cit.*, n° 470.

⁹⁰ Il s'agit d'un certain libéralisme fiscal.

⁹¹ V. *supra* n° 561 et s. concernant la qualification de ces enrichissements.

⁹² Le législateur incite fiscalement à l'investissement dans les sociétés. Les P.E.E. par exemple, soutiennent indirectement les fonds propres des sociétés françaises.

Paragraphe 2 – Technique sociétaire et droits de mutation

843- Ces droits ont toujours été considérés comme des impôts occasionnels liés à un événement⁹³. En effet, ils se justifient par la seule mutation, en dehors de toute réalisation de gain. Leur origine est très ancienne : ils s'inspirent assurément des droits seigneuriaux du Moyen-Âge.⁹⁴

Cet impôt sur la mutation est largement critiqué⁹⁵. Il l'est d'abord en raison de ses incohérences, puisque pour des impôts ayant des effets juridiques similaires les taux seront différents. Il l'est également en raison de son décalage par rapport aux impôts comparables pratiqués chez nos voisins européens, nettement moins élevés. Enfin, il est craint qu'ils soient un frein à la mobilité des biens.

En attendant sa réforme inévitable dans le cadre de l'harmonisation européenne, les praticiens usent de stratégies fiscales afin d'en minorer le coût. La technique sociétaire est un instrument encore intéressant à cet égard. En structurant les éléments patrimoniaux transmis, elle les soumet à un taux différent⁹⁶.

844- En effet, le droit fiscal tient cette fois compte de la personnalité morale pour appliquer un taux différent d'imposition. La comparaison de la taxation d'un bien immobilier, par exemple, à celle de valeurs sociétaires⁹⁷ conduit à utiliser parfois la société comme technique d'optimisation fiscale des droits de mutation.

⁹³ On les appelle souvent les droits d'enregistrement car ils sont liés à une formalité donnant lieu à la perception d'un droit : une inscription sur un registre d'un acte, la constatation d'une opération juridique, etc. Depuis la réforme du 1er octobre 1970, on distingue trois formes de formalités d'enregistrements : la formalité fusionnée est applicable aux actes constatant la mutation entre vifs à titre onéreux de droits immobiliers (vente, échange, apport à une société, adjudication). Elle regroupe les droits perçus au titre de l'enregistrement de l'acte et au titre de sa publication à la conservation des hypothèques. Elle est en principe obligatoire pour les actes soumis à cette double formalité, mais depuis 1999, elle est admise pour les actes mixtes. Pour certains actes, la formalité fusionnée reste facultative si la publicité foncière de l'acte l'est.- La formalité de l'enregistrement qui est une formalité fiscale réalisée à la recette des impôts, mais qui est pourvue de certains effets juridiques tels que conférer date certaine à des actes sous seing privé.- La formalité de publicité foncière qui a pour objet d'informer les tiers d'une transmission ou de la constitution de droits immobiliers. La taxe s'élève à 0,60 % de la valeur indiquée à l'acte.

⁹⁴ Certains n'hésitent pas à y voir une explication de leur caractère archaïque. V. GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.) *Op. cit.*, n° 399, p.360.

⁹⁵ « Les impôts les plus impopulaires sont les droits de mutation ». Il s'agit, de surcroît, de « recettes de poche » pour l'Etat. L'expression est de B. BRACHET (*Op. cit.*)

⁹⁶ En effet, les taux sont multiples. Les tarifs des droits d'enregistrement se classent en trois catégories : les droits fixes, les droits proportionnels (application d'un taux), et les droits progressifs qui s'appliquent à l'ensemble du patrimoine avec un taux qui croît en fonction de l'augmentation de la valeur taxable.

⁹⁷ Lesquelles pourraient conférer sur ce bien un pouvoir analogue à celui résultant de la propriété directe du bien.

La constitution d'une société est donc susceptible de minorer les droits de mutation, encore faut-il souligner que cette constitution est soumise elle-même à cet impôt. Il convient donc de comparer l'économie fiscale réalisable (A) au coût fiscal de l'opération (B).

A - L'économie fiscale résultant de la constitution d'une société

845- La société est une technique de transmission de patrimoine⁹⁸. Les intérêts civils sont par exemple le fractionnement du patrimoine ou l'isolement du pouvoir. Les valeurs sociétaires entrent dans l'actif taxable au même titre que d'autres biens et subissent l'impôt. Toutefois, les intérêts ont des répercussions fiscales⁹⁹. La technique sociétaire peut être utilisée tant en ce qui concerne les transmissions à titre gratuit (1) que les transmissions à titre onéreux (2).

1 – La minoration des droits de mutation à titre gratuit

846- Les droits de mutation à titre gratuit concernent les transmissions ne comportant aucune contrepartie. Elles peuvent avoir lieu entre vifs ou à cause de mort. Elles peuvent procéder d'une volonté (libéralité : donation ou legs) ou de la loi (succession *ab intestat*).

Les droits portant sur ces mutations ont connu un accroissement sensible. Ils constituent toutefois seulement 1 % des rentrées fiscales. Leur poids est critiqué¹⁰⁰, notamment eu égard aux actifs professionnels¹⁰¹. Diverses dispositions ont eu pour objet d'amorcer une réduction de ces droits. Elles restent cependant incitatives et ciblées. Dans l'ensemble, cet impôt est perçu comme injuste¹⁰². C'est dans ce type de schéma que les stratégies fiscales se mettent en place. La technique sociétaire peut être utile afin de minorer le taux marginal de 40%¹⁰³. Elle

⁹⁸ V. *supra* n° 359.

⁹⁹ DESLANDES (M.) Société civile et gestion fiscale de la transmission de l'immeuble. Petites affiches 24 avril 1991.

¹⁰⁰ GEFROY (J.-B.) De la discrimination à la confiscation. Les droits de succession en question. R.F. fin. pub. 1997, n° 59, p. 177.

¹⁰¹ Leur continuité peut être compromise par la lourdeur de l'impôt. V. notamment : COZIAN (M.) Une certaine idée de la fiscalité. Art. préc., p. 13

¹⁰² Alors même qu'il grève précisément les seules valeurs recueillies en dehors de tout mérite personnel. V. sur ce point : COZIAN (M.) Une révolte fiscale d'un genre nouveau : des milliardaires se liguant pour sauver l'impôt sur les successions. Petites affiches 2001, n° 129, p. 4. Ces derniers souhaitent que la société soit fondée sur le mérite, plutôt que l'hérédité.

¹⁰³ Art. 777 C.G.I. A titre indicatif, les taux maximaux sont les suivants : en ligne directe et entre époux, le taux de 40 % s'applique au-delà de 1.700.000 euros. Entre frères et sœurs, le taux s'élève à 45 % au-delà de 23.000 euros. Entre collatéraux, jusqu'au quatrième degré inclusivement, le taux est de 55 %, et au-delà de ce degré, de 60 %. Les partenaires d'un P.A.C.S. sont imposés au-delà de 15.000 euros, au taux de 50 % (art. 777 *bis* C.G.I.)

est d'ailleurs considérée comme « l'étape nécessaire à la transmission à titre gratuit des entreprises »¹⁰⁴.

Les régimes applicables aux droits de succession et de donation présentent une certaine unité¹⁰⁵. Il convient toutefois de continuer à les distinguer en raison des aménagements prévus par les dernières lois de finances en faveur des donations. La technique sociétaire n'optimise pas dans les mêmes proportions les droits de succession (a) et les droits de donation (b).

a – L'optimisation fiscale d'une succession

847- Les droits de succession s'appliquent à tous les biens du patrimoine du défunt. Est donc assujéti à l'impôt tout bénéficiaire de la transmission (héritier ou légataire), dès lors que sa part dépasse le minimum imposable. Peu importe qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'un légataire personne morale. Le fait générateur est généralement le décès¹⁰⁶.

La technique sociétaire est susceptible de se retrouver à plusieurs étapes de la détermination de l'actif net taxable.

848- En *premier lieu*, les biens à déclarer sont tous ceux qui appartenaient au défunt. Le principe est aménagé par des règles de territorialité et de présomption de propriété.

Lorsque le défunt est domicilié en France, tous les biens sont imposables en France¹⁰⁷. Les biens situés à l'étranger quel que soit le domicile du défunt sont également, depuis 1999¹⁰⁸, imposables en France dès lors que le bénéficiaire réside aussi en France¹⁰⁹. Lorsque le défunt est domicilié hors de France, seuls les biens et droits situés en France sont imposables.

Des praticiens ont imaginé des montages faisant intervenir des sociétés ayant leur siège social hors de France, afin d'éluder l'imposition en France. L'article 750 *ter* 2° du C.G.I. donne toutefois une définition précise des biens considérés comme français, empêchant ce type d'évasion fiscale. En effet, sont considérées françaises les valeurs mobilières émises par les personnes morales ayant leur siège social statutaire ou « le siège de leur direction effective » en France. Sont également visées les parts ou actions de sociétés ou personnes

¹⁰⁴ VON PINE (B.) *La fiscalité de la transmission à titre gratuit des entreprises commerciales, artisanales et agricoles*. Thèse Toulouse, 1995.

¹⁰⁵ Elle était recherchée par la loi du 14 mars 1942.

¹⁰⁶ Plus exceptionnellement l'absence ou la disparition.

¹⁰⁷ Y compris les créances ou valeurs mobilières étrangères.

¹⁰⁸ V. art. 750 *ter* 3° C.G.I.

¹⁰⁹ La double imposition, à défaut de convention internationale, est évitée par imputation de l'impôt acquitté à l'étranger sur l'impôt exigible en France.

morales non cotées en bourse, dont le siège est situé hors de France et dont l'actif est constitué d'immeubles ou de droits immobiliers situés sur le territoire français. Les sociétés à prépondérance immobilière sont expressément visées. L'interposition d'une personne morale ayant son siège social à l'étranger est ainsi évitée.

849- Des règles de présomptions de propriété¹¹⁰ empêchent également certains montages sociétaires.

Ainsi, l'article 754 B-I du C.G.I. permet de considérer certains dirigeants de sociétés comme propriétaires de titres non vendus au jour du décès.

De même, restent présumées faire partie de la succession les actions, obligations, parts de fondateurs ou bénéficiaires, parts sociales et toutes autres créances, dont le défunt avait la propriété ou percevait les revenus ou à raison desquelles il a effectué une opération quelconque moins d'un an avant son décès¹¹¹.

La présomption de l'article 751 du C.G.I. est particulièrement redoutable. En effet, est réputé au point de vue fiscal, faire partie de la succession de l'usufruitier, toute valeur mobilière, tout bien meuble ou immeuble appartenant pour l'usufruit au défunt, et pour la nue-propriété à l'un de ses présomptifs héritiers ou descendants d'eux, même exclu par testament, ou à ses donataires ou légataires, institués même par testament postérieur, ou à des personnes interposées. Cette présomption s'applique à moins qu'il y ait eu donation régulière et que cette donation, si elle n'est pas constatée dans un contrat de mariage, ait été consentie plus de trois mois avant le décès. Le redevable du paiement des droits est le nu-propriétaire, même non successible. Il faut préciser qu'est réputée personne interposée, la personne désignée aux articles 911 et 1100 du Code civil. Ces présomptions ne sont donc pas irréfragables contrairement à d'autres présomptions notamment civiles.

850- Le souci de fraude et d'évasion fiscale justifie ces présomptions. Elles touchent particulièrement la technique sociétaire à deux niveaux. D'abord, les valeurs sociétaires qui

¹¹⁰ Les preuves du droit civil telles que la théorie de la propriété apparente, de l'accessoire ou l'application de l'art. 2279 C.civ. sont utilisées par l'administration fiscale. En outre, l'administration fiscale a mis au point des présomptions fiscales mentionnées aux art. 751 à 754-B C.G.I. Parmi celles qui n'intéressent pas le droit des sociétés, deux peuvent être mentionnées. Une première présomption a été infirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 30 octobre 1989. L'art. 752 réputait faire partie de la succession les sommes retirées d'un compte bancaire moins d'un an avant le décès. Désormais, c'est à l'administration de prouver la conservation de tout ou partie de la somme jusqu'au décès. Les art. 1881 et 1882 C.G.I. prévoient que les immeubles ou les fonds de commerce pour lesquels le défunt a acquitté la taxe foncière ou la taxe professionnelle, sont présumés leur appartenir.

¹¹¹ Art. 752 C.G.I. La preuve contraire n'est possible que si la cession a acquis date certaine avant l'ouverture de la succession.

représentent parfois une quotité considérable du patrimoine sont mises sous haute surveillance. Ensuite, l'utilisation de la technique sociétaire comme personne interposée est inutile pour éviter la présomption de l'article 751 C.G.I. Seule la combinaison d'un montage sociétaire avec une donation régulière garantit une organisation de la transmission patrimoniale à l'aide d'un démembrement.

851- En *second lieu*, certaines hypothèses d'exonérations¹¹² peuvent associer la technique sociétaire. Il s'agit en particulier d'exonérations tenant aux biens. En effet, les œuvres d'art, les monuments historiques bénéficient d'exonérations conditionnelles, de même que les sommes versées en cas d'assurance décès¹¹³. Les biens ruraux loués par bail à long terme bénéficient également d'une exonération à concurrence des trois quarts si leur valeur n'excède pas 76.000 euros et pour la moitié au delà de cette limite. De la même manière l'exonération est applicable aux parts de G.F.A.¹¹⁴ Surtout, les bois et forêts peuvent être exonérés sous certaines limites¹¹⁵ et à certaines conditions¹¹⁶. Les parts de groupements forestiers bénéficient de la même exonération. C'est le dispositif dit Monichon, récemment modifié par la loi d'orientation sur la forêt n° 201-602 du 9 juillet 2001¹¹⁷.

L'optimisation fiscale par la technique sociétaire consiste donc à souscrire à l'aide de liquidités provenant de biens qui n'auraient pas été exonérés (valeurs mobilières classiques par exemple), des parts de G.F. ou G.F.A. La minoration d'impôt peut être conséquente. Le choix de la technique sociétaire, plutôt que d'acheter les biens en direct, permet en outre d'anticiper éventuellement la transmission en utilisant les abattements et réductions d'impôts en faveur des donations¹¹⁸.

¹¹² Les hypothèses d'exonérations accordées par le législateur sont moins nombreuses que par le passé. Il existe des exonérations tenant notamment aux personnes : successions des victimes de faits de guerre, d'actes de terrorisme, exonérations des indemnités versées aux personnes victimes du Sida ou de la maladie de Creutzfeld-Jacob conformément à l'art. 775 bis C.G.I. (v. à cet égard l'art. 71 de la loi de finances pour 2003 qui ajoute la contamination par l'agent de l'encéphalopathie spongiforme bovine), exonérations des dons et legs faits à des collectivités publiques, à des établissements charitables ou à des établissements scientifiques et d'enseignement.

¹¹³ V. cependant le détail du dispositif qui pose des conditions précises : art. 757-B C.G.I.

¹¹⁴ V. art. 793-4° C.G.I.

¹¹⁵ Ils sont exonérés à concurrence des 3/4 de leur valeur vénale. Art. 793-3° C.G.I.

¹¹⁶ Le propriétaire s'engage à les soumettre pendant trente ans à un régime d'exploitation normale et doit produire un certificat du directeur départemental de l'agriculture attestant que les bois et forêts sont susceptibles d'aménagement et d'exploitation régulière. V. pour le détail du dispositif art. 793-3° C.G.I.

¹¹⁷ V. le numéro spécial *Forêt privée* de la revue *Notaires, vie pratique* juillet-août 2003, p. 28.

¹¹⁸ V. *infra* n° 854 et s.

852- Une autre voie d'optimisation en vogue est l'utilisation de la clause de tontine et de la technique sociétaire¹¹⁹. Il s'agit là encore d'un mode de préparation fiscale de la succession. Le domaine peut concerner tout à la fois l'immobilier que l'entreprise. La clause insérée dans les statuts prévoit généralement qu'en cas de décès, les associés survivants acquerront la propriété des droits sociaux de l'associé prédécédé en proportion de leur participation dans le capital social. En vertu de l'article 754-A du Code général des impôts, les biens recueillis par la voie d'une tontine sont réputés acquis à titre gratuit, alors même que d'un point de vue civil, l'aléa de l'ordre des décès en fait une mutation à titre onéreux. Toutefois, une réponse ministérielle¹²⁰ admettait qu'en cas d'appropriation indirecte des biens, par voie sociétaire, les biens étaient réputés acquis à titre onéreux. Cette solution a été confirmée par la Cour d'appel de Chambéry le 18 juin 2002¹²¹. L'application du régime fiscal des transmissions à titre onéreux fait l'intérêt de toute l'opération¹²². Le montage doit toutefois passer l'épreuve de l'abus de droit¹²³. L'administration peut considérer qu'il s'agit d'une simulation (société fictive ou donation déguisée). Elle peut dénoncer encore le but exclusivement fiscal de l'opération¹²⁴.

853- L'ensemble des dispositions concernant les droits de succession traduit la crainte de la fraude fiscale. Les marges d'optimisation sont très réduites au jour du décès. Les opérations de liquidation de succession n'offrent aucune latitude d'optimisation¹²⁵, même en ce qui concerne l'évaluation des biens qui est soumise à des contrôles draconiens¹²⁶. Les valeurs mobilières sont visées par ces règles d'évaluation. Le cours moyen de bourse au jour de la

¹¹⁹ BAFFOY (G.) L'usage de la tontine en droit des sociétés, J.C.P. éd. E. 2003, conseil 276, p. 306 et s.

¹²⁰ Rép. Min. Rufenacht n° 12029 : J.O. A.N., 8 septembre 1979, 7151.

¹²¹ CHAMBERY, 18 juin 2002. R.T.D. com. 2003, p. 190, obs. DEBOISSY (F1) ; J.C.P. ed. E. 2003, 627, p. 712.

¹²² V. *infra* n° 866.

¹²³ Art. L. 64 L.P.F.

¹²⁴ Certains critères conduisent souvent à une requalification : l'existence de liens de famille entre les parties, la différence d'âge entre les tontiniers, le décès rapide des parents ayant financé quasi-intégralement la société, etc.

¹²⁵ Les abattements et réductions préviennent l'ardeur du taux progressif. Ils sont totalement indépendants du mode de détention des biens voire de la qualité de personne morale du successeur. Ils sont liés à la qualité des personnes physiques recueillant la succession.

¹²⁶ Afin de prévenir la sous-évaluation, l'administration a même fixé un ensemble de règles et présomptions d'évaluation. On peut rapporter un exemple récent de chasse à l'optimisation fiscale. La Cour de cassation avait estimé qu'un immeuble occupé par son propriétaire devait être évalué en fonction de cette circonstance et connaître une minoration de sa valeur. V. Cass. com., 16 février 1997, J.C.P. éd. G. 1998, p. 718 et s., note DAVID (C.) Le législateur a immédiatement réagi en anticipant les possibilités de minoration de l'assiette imposable dans la loi de finances pour 1999. Il a affirmé que la valeur vénale réelle d'un immeuble dont le propriétaire a l'usage est réputée égale à sa valeur libre de toute occupation. Il admet toutefois l'application d'un abattement de 20 % si, au jour de la mutation, l'immeuble est occupé à titre de résidence principale par le conjoint survivant ou des enfants mineurs. *Adde* : HATOUX (B.) L'évaluation des biens en matière d'enregistrement, R.J.F. 2002, n° 2, p. 117.

transmission pour les valeurs cotées est retenu. Quant aux valeurs non cotées, elles sont imposées d'après la déclaration estimative des successeurs, établie d'après un ensemble d'éléments, permettant d'obtenir un chiffre aussi voisin que possible de celui qu'aurait entraîné le jeu normal de l'offre et la demande¹²⁷.

L'optimisation fiscale de la transmission à cause de mort ne peut s'envisager qu'à partir du moment où il est accepté non seulement de l'organiser (par le remplacement judicieux de biens exonérés) mais encore de l'anticiper. La technique sociétaire retrouve alors un certain intérêt, en s'associant à des libéralités.

b - L'optimisation fiscale d'une donation

854- Les économies fiscales sur les droits de mutation à titre gratuit sont davantage réalisables en usant des donations¹²⁸. En effet, le régime fiscal général des donations¹²⁹ se différencie au niveau des conditions particulières concernant l'assiette (α), la liquidation et le recouvrement des droits (β).

α - La diminution de l'assiette des droits

855- Concernant l'assiette des droits, la plus grande différence par rapport aux successions tient à la non déduction des charges. A la différence du régime des successions où le passif successoral est déductible du passif brut, les dettes du donateur ne sont pas déductibles du bien donné¹³⁰. C'est le cas notamment d'une donation d'entreprise individuelle. Le passif pris en charge par le donataire n'est pas déductible.

La technique sociétaire permet de donner un actif net. En effet, si la transmission de l'entreprise prend la forme d'une donation de valeurs sociétaires, ces dernières sont évaluées

¹²⁷ Le contrôle de l'administration est encore possible, c'est dire si la technique sociétaire ne permet pas plus de souplesse d'évaluation et donc une minoration de l'assiette imposable.

¹²⁸ La prise de conscience de la lourdeur des droits perçus à l'occasion d'un décès amène le détenteur du patrimoine à anticiper la transmission afin de profiter de conditions fiscales plus avantageuses. C'est là une démarche particulièrement honorable puisque les droits de mutation sont dus par les successeurs. En veillant à ce que ces derniers paient moins d'impôts, le futur *de cuius* accroît ainsi le patrimoine qui leur sera effectivement transmis.

¹²⁹ La donation peut se définir comme le contrat par lequel une personne (le donateur) transfère actuellement et irrévocablement, sans contrepartie et avec intention libérale, la propriété d'un bien à l'autre (la donataire) qui l'accepte. *L'animus donandi* est contrôlé pour la qualification de l'acte. Il est fondamental puisque son absence peut entraîner la requalification du transfert de propriété et l'application des droits de mutation à titre onéreux. On s'assurera que les charges grevant la donation ne représentent pas une valeur égale aux biens transmis. Si c'était le cas, il s'agirait alors d'une vente avec modalités de paiement particulières.

¹³⁰ Le donataire ne peut pas être considéré comme le continuateur de la personne du donateur (il est un ayant cause à titre particulier).

en tenant compte du passif de la société. Les parts ou actions tiennent compte indirectement du passif. La constitution d'une société minore ainsi l'assiette des droits de mutation¹³¹.

856- D'ailleurs, s'agissant de certaines formes sociales, la société elle-même postule parfois une décote de la valeur des titres par rapport à celle de l'actif. C'est le cas, par exemple, des parts de société civile. Leur absence de mobilité diminue leur évaluation¹³² et minore ainsi l'assiette des droits de mutation¹³³.

857- Les modes d'évaluation propres aux sociétés jouent également un rôle. Ainsi, s'agissant des S.C.I., dans une perspective de transmission, il est possible d'opter pour un capital bas, sans peur de risquer une imposition de plus-value haute¹³⁴. L'évaluation des parts étant moindre, l'assiette, et corrélativement les droits de mutation, sont minorés.

858- La société, en tant que structure des valeurs patrimoniales à transmettre, est également une technique de minoration de l'assiette des droits. En effet, ce n'est plus le bien qui est transmis, mais le pouvoir sur ce bien. Il ne s'évalue pas de la même manière. Les effets leviers des montages de sociétés minorent l'assiette des droits de mutation. Il est ainsi possible, en donnant les seules valeurs sociétaires assurant la maîtrise d'une société holding, de transmettre le contrôle de tout un groupe, au moindre coût fiscal.

859- Il est possible également d'user des réserves effectuées par le donateur afin de diminuer l'assiette des droits de donation. La plus courante est la réserve d'usufruit. Pour évaluer le bien donné, il est retiré la valeur de cette réserve en faisant application du barème fiscal usufruit/nue-propriété¹³⁵. L'assiette des droits peut être ainsi considérablement minorée¹³⁶, notamment lorsque le donateur est jeune¹³⁷. De surcroît, l'impôt se limite aux

¹³¹ Pour un exemple chiffré, v. BRUNEAU (P.) et CHOUVELON (T.) *Op. cit.*, p. 447 et s.

¹³² Les taux de décote évoqués sont de 15 à 25 %.- Sur les évaluations, v. CHAPPERT (A.) [L'évaluation des titres de sociétés. Defrénois 1998, art. 36810]

¹³³ Elle minore également l'assiette de l'I.S.F.- v. *infra* n° 892 et s.

¹³⁴ Il y a un sursis d'imposition lors des transmissions à titre gratuit.

¹³⁵ Lequel se fonde sur les espérances de vie du XIX^e siècle et se trouve donc totalement en décalage avec la situation actuelle.- Lorsque le donateur se réserve l'usufruit des biens donnés, ces derniers ne sont assujettis aux droits qu'à concurrence de la valeur de la nue-propriété. Elle est fixée par la loi à 90 % de la valeur totale lorsque l'usufruitier a plus de 70 ans, 80 % lorsqu'il est âgé de 60 à 69 ans, 70 % lorsqu'il est âgé de 50 à 59 ans, 60 % lorsqu'il est âgé de 40 à 49 ans, etc. (v. art. 762 C.G.I.)

¹³⁶ C'est, en outre, une façon souple de transmettre tout ou partie de son patrimoine, en conservant la gestion et les revenus éventuels de celui-ci. V. *supra* n° 374 et s.

¹³⁷ L'usufruit a d'autant plus de valeur que le donateur est jeune. La valeur de la nue propriété s'en trouve d'autant diminuée.

droits perçus à l'occasion de la donation. Au décès, la pleine propriété se reconstitue sur la tête du nu-propiétaire en exonération de tout droit de mutation. C'est un avantage pécuniaire non négligeable¹³⁸.

Lorsque la technique sociétaire s'associe au démembrement, les effets fiscaux sont démultipliés¹³⁹. L'étalement de la transmission rendu possible par le fractionnement du patrimoine ou la concentration du pouvoir, se combine au démembrement pour diminuer considérablement l'assiette des droits de mutation. L'article 762 du Code général des impôts fixe un barème d'évaluation du droit d'usufruit en fonction de l'âge de l'usufruitier¹⁴⁰. Ce schéma est assez courant en pratique.

860- Plus confidentielle est l'utilisation des sociétés de capitalisation soumises à I.S.¹⁴¹ en vue de la transmission. Par exemple, des parents, qui ne souhaitent pas retirer des revenus de l'immeuble, vont pouvoir donner la nue-propiété des parts de la S.C.I. à leurs enfants. Ces derniers captent, par ce biais, les bénéfices mis en réserve, puisque les réserves reviennent aux seuls nus propriétaires en cas de démembrements de propriété¹⁴². La sortie des réserves peut être solutionnée¹⁴³ par la cession d'un tiers des parts de cette société¹⁴⁴. De la même manière, une capitalisation est possible en matière de société civile de portefeuille de valeurs mobilières¹⁴⁵. Des parents échangent des valeurs mobilières contre une créance de prix non indexée, ni assortie d'intérêt. Ils prêteront pour cela à la société civile constituée entre eux et leurs enfants (ces derniers ayant l'essentiel des parts), une somme qui permettra d'acquérir des titres capitalisant si possible. Les plus-values réalisées appartiendront aux seuls enfants sans droits de succession¹⁴⁶.

¹³⁸ Pour un exemple chiffré, v. parmi une bibliographie très abondante, notamment FERNOUX (P.) *Op. cit.*, p. 446.

¹³⁹ WARIN (P.) La société civile comme outil de transmission et le démembrement de propriété. Cahier de gestion du patrimoine. Avril 1993, p. 14.- JULIEN-SAINT-AMAND (P.) Le démembrement de propriété combiné à l'apport en société de biens immobiliers. Dr. et patrimoine Mars 1996, p. 22.

¹⁴⁰ GRILLET-PONTON (D.) Un exercice d'ingénierie fiscale : « l'instrumentalisation » du barème de l'article 762 du CGI. Dr. et patrimoine, mars 2002, p. 18.

¹⁴¹ L'intérêt d'une S.C.I. soumise à I.S. est de ne pas procéder à la distribution de son bénéfice. En le mettant en réserve, elle minore l'imposition des associés, tant du point de vue de l'impôt sur le revenu, que de l'I.S.F.

¹⁴² Pour un exemple chiffré, v. D.F. La S.C.I. utilisée comme support de capitalisation de revenus locatifs. Dr et patrimoine juillet/août 1995, p. 15.

¹⁴³ Elle peut s'avérer très coûteuse en raison de l'exigibilité du précompte ou des difficultés d'imposition d'une dissolution de société.

¹⁴⁴ L'acquéreur, une autre société, peut ainsi capter la trésorerie par voie de fusion ou de dissolution. Il n'y a pas de *boni* de liquidation.

¹⁴⁵ BONDUELLE (P.) A quoi peut servir une société civile de gestion de portefeuille ? Art. préc., n° 16.

¹⁴⁶ On souligne également la transformation que peut opérer une société civile de gestion de portefeuille à l'égard des O.P.C.V.M. de capitalisation, dont le désavantage est l'absence de revenus versés. Elle peut faire masse des gains et les transformer en revenus entre les mains des associés. En sens inverse, par la mise en réserve, elle peut capitaliser des revenus.- Sur le partage de la plus-value entre nu-propiétaire et usufruitier, v.

β -- La liquidation et le recouvrement des droits

861- La liquidation des droits de donation fait apparaître quelques particularités concernant les abattements¹⁴⁷. La plupart des abattements concernant les droits de succession sont applicables à l'exception de ceux bénéficiant aux collatéraux ou aux personnes non apparentées¹⁴⁸. L'abattement de 46.000 euros en ligne directe s'applique donc aux donations¹⁴⁹. Il existe, en outre, des abattements spécifiques aux libéralités. C'est le cas pour les donations de titres consentis à tout ou partie du personnel d'une entreprise. L'abattement s'élève à 15.000 euros, mais il est subordonné à un agrément préalable du Ministre de l'économie et des finances¹⁵⁰. C'est également le cas d'un abattement de 30.000 euros portant sur les donations consenties par les grands-parents à leurs petits-enfants¹⁵¹ (60.000 euros si le bien donné est commun aux grands-parents¹⁵²).

La société fractionne le patrimoine. La transmission peut se faire alors en plusieurs étapes, utilisant à chaque fois le ou les abattements, ainsi que les taux bas du barème d'imposition.

862- L'association du démembrement à la technique sociétaire présente également des intérêts au niveau de l'exigibilité des droits¹⁵³.

En effet, celui qui ne reçoit que la nue-propriété a la possibilité de différer le paiement de ses droits jusqu'à l'extinction de l'usufruit. Cette règle est parfaitement adaptée aux sociétés détenant des actifs à rotation lente, puisque leur vente permet d'acquitter les droits le

DEPONDY (A.) Réflexion sur le partage de la plus-value entre le nu-propriétaire et l'usufruitier de valeurs mobilières. Dr. et patrimoine 1999, n° 74, p. 26 et s.

¹⁴⁷ Outre les abattements propres aux donations, des réductions de droits sont prévues dans des taux variables suivant l'âge du donateur (art. 10 de la loi de finance pour 2000). Ceux-ci visent à encourager les donations de la part de personnes d'un certain âge. Avec l'abattement prévu en faveur des petits-enfants, cette réduction de droit fait partie du dispositif fiscal incitant à la transmission anticipée. L'allongement de la durée de vie entraîne la transmission de plus en plus tardive du patrimoine, ce qui est économiquement dommageable.

¹⁴⁸ V. art. 779 C.G.I. qui énumère ces abattements.

¹⁴⁹ De surcroît, lorsque la donation est effectuée depuis plus de dix ans, non seulement les abattements sont à nouveau applicables et les héritiers peuvent à nouveau bénéficier des réductions d'impôt, mais en plus la donation en avancement d'hoirie n'est plus rapportable fiscalement. Il est donc possible d'envisager une transmission en franchise d'impôt d'une partie du patrimoine du contribuable à condition que la part ne dépasse pas l'abattement et ceci tous les dix ans.

¹⁵⁰ Art. 790-A C.G.I.

¹⁵¹ Art. 790-B C.G.I. La loi de finances pour 2003 a doublé cet abattement. L'accélération de la transmission intergénérationnelle est de toute évidence recherchée.

¹⁵² Art. 12 de la loi de finances pour 2003.

¹⁵³ L'exigibilité des droits de donation est en principe soumise à trois conditions : le contrat doit être gratuit, le donateur doit être dessaisi des biens donnés et la donation doit être acceptée par le donataire.

moment venu. En revanche, s'agissant de valeurs mobilières par exemple, la cession doit pouvoir intervenir au moment le plus propice. Il est dommageable qu'elle déclenche l'exigibilité des droits à tout moment. En faisant l'apport du portefeuille de valeurs mobilières à une société civile, il est possible de vendre au cours le plus opportun sans déclencher l'exigibilité des droits.

863- Le paiement des droits peut encore être fractionné. En effet, il est possible d'étaler le paiement des droits de succession sur dix ans, s'agissant de biens non liquides à concurrence de 50% d'une succession¹⁵⁴. Une réduction de droits sur les donations en pleine propriété est en outre applicable. Elle est de 50 % lorsque le donateur est âgé de moins de 65 ans et de 30 % lorsqu'il a 65 ans révolus et moins de 75 ans. Le projet de loi de finances pour 2004 envisage de fixer la réduction à 50 % quelque soit l'âge du donateur, afin d'encourager aux transmissions anticipées de biens en pleine propriété.

864- Un dispositif spécial existe s'agissant des transmissions d'entreprises¹⁵⁵. Les réductions de tarif pour la donation-partage profitent aux tiers qui peuvent être associés à l'acte lors de la transmission d'une entreprise¹⁵⁶. Un mécanisme, applicable aux valeurs sociétaires données représentant 5% du capital social, autorise à différer, puis fractionner le paiement des droits de mutation.¹⁵⁷ Des modalités particulières de paiement des droits sont également mises en place¹⁵⁸.

865- En réalité, les faveurs accordées au droit des sociétés ne tiennent pas à la technique sociétaire, mais plutôt au monde juridique qui l'utilise. C'est le monde des affaires et de l'entreprise qui est favorisé¹⁵⁹. La loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique l'a encore récemment illustré.

¹⁵⁴ V. art. 1717 C.G.I. et 1722 bis C.G.I.

¹⁵⁵ V. art. 789-A et B C.G.I. Pour une synthèse des art. 10 et 11 de la loi de finances pour 2000, v. Rev. dr. banc. 2000, p. 38, § 47. *Adde* : DAVID (C.) Commentaire de l'art. 11 de la loi de finances pour 2000 sur la transmission successorale des entreprises. Bull. July 2000, §50, p. 247.- DESLANDES (M.) Le dispositif d'allègement des droits de succession dus sur les transmissions d'entreprises sociétaires. J.C.P. éd. N. 2002, p. 1231.

¹⁵⁶ Art. 1075 al. 3 C. civ et art. 790 C.G.I.

¹⁵⁷ Art. 397-A C.G.I. annexe III.

¹⁵⁸ Art. 404-GA à GD de l'annexe III C.G.I. : cela concerne les échéances des règlements, les intérêts sur les sommes dues, etc.

¹⁵⁹ C'est le cas, par exemple, des dispositions encourageant l'accès des salariés à la propriété de leur outil de travail, ou accompagnant la transmission de l'entreprise et donc en assurant la survie.

L'ensemble du dispositif (abattement, réductions de droits, etc.) mis en place en faveur de la transmission d'entreprise est toutefois jugé « technocratique » et insuffisant par les fiscalistes¹⁶⁰. La loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique¹⁶¹ l'a réformé. Les nouvelles dispositions¹⁶² seront applicables à compter du 1^{er} janvier 2004. L'abattement de 15 000 € est remplacé par un régime d'exonération des donations en pleine propriété de fonds de commerce, de clientèle d'entreprise individuelle ou de parts ou actions d'une société¹⁶³.

Elle étend, à compter de 2004, le bénéfice de l'exonération de moitié des droits de mutation à titre gratuit, accordée sous certaines conditions, en cas de transmission par décès d'une entreprise individuelle ou de titres de sociétés. Ce même avantage sera accordé à la donation en pleine propriété des mêmes biens et le régime sera assoupli. Par exemple, la fraction des titres cotés soumis à l'engagement collectif de conservation sera ramené de 25% à 20%¹⁶⁴.

866- La conjoncture économique motive donc la mise en place de régime permettant une optimisation fiscale. Les faits fournissent le principe. Récemment encore, dans un tout autre domaine, en raison de la catastrophe naturelle ayant atteint les bois et forêts, la loi d'orientation sur la forêt du 9 juillet 2001 a également prévu un régime de faveur. Les droits de mutation perçus lors d'une cession de parts de groupements forestiers sont soumis à un droit fixe de 75 €¹⁶⁵.

867- L'atout de la transmission anticipée par rapport à la transmission naturelle¹⁶⁶ se fonde sur l'utilisation de techniques patrimoniales, dont fait partie la société. Elle intervient en

¹⁶⁰ COZIAN (M.) Une certaine idée de la fiscalité. Art. préc., p. 13. Le professeur Cozian estime que l'application de ce texte reste très aléatoire. C'est un faux remède. Le plus simple est « de réduire le taux à un niveau raisonnable et acceptable ».

¹⁶¹ J.O. 5 août 2003, 13449.

¹⁶² Art. 25 de la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique.

¹⁶³ La valeur du fonds ou de clientèle ou des parts ou actions qui en sont représentatives ne doit toutefois pas excéder 300 000 € et les donataires doivent poursuivre l'exploitation en assurant la direction effective pendant cinq ans.

¹⁶⁴ Art. 43 de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003.

¹⁶⁵ Art. 730 bis C.G.I. Une exception est prévue quand la valeur vénale des parts est inférieure à 1562,50 € : le taux de droit commun est appliqué avec un minimum de 15 € (art. 674 C.G.I.)

¹⁶⁶ Qui tient, en résumé, aux avantages fiscaux suivants : la possibilité d'utiliser tous les dix ans l'abattement, le bénéfice des réductions de droits sur les donations en fonction de l'âge du donateur, et la diminution de l'assiette imposable possible grâce aux réserves.

tant que technique structurante, si bien que la nature du bien transmis importe peu (sauf le cas particulier de l'entreprise sus-visé)¹⁶⁷.

Les montages connaissent toutefois des limites. Il ne faut pas, d'abord, tomber sous le coup des présomptions¹⁶⁸. Ensuite, s'agissant des sociétés constituées aux fins de transmission patrimoniale, le plus grand danger réside dans la constitution d'une société fictive. L'administration s'attache à démontrer l'absence de fonctionnement effectif de la société. Ainsi, l'absence de respect des statuts et, en particulier, l'absence de tenue des assemblées générales et la non présentation de comptabilité ont caractérisé la fictivité¹⁶⁹. La tenue d'une comptabilité qui constate la prise de valeur annuelle des parts (même en nue-propiété), approuvée par les associés assure l'administration d'un réel fonctionnement. Son absence ne peut pas se déduire de faits non significatifs tels que la détention par un associé de la quasi-totalité du capital social ou la souscription de parts par des enfants grâce aux donations consenties par leurs parents¹⁷⁰.

En la matière, les montages sont pour l'instant assez sûrs¹⁷¹. La Cour d'appel de Paris a encore validé récemment le montage qui consiste à apporter à une société la nue-propiété d'un immeuble, montage suivi d'une donation partage des parts reçues. Encore faut-il que l'objectif ne soit pas exclusivement fiscal¹⁷². Il est, enfin, souhaitable d'anticiper sur le fonctionnement fiscal de la société. Par exemple, il est possible de prévoir une répartition des bénéfices entre usufruitier et nu-propiétaire afin de répartir ainsi l'impôt¹⁷³.

Ces précautions mettent l'accent sur la sécurité juridique des transmissions effectuées, qu'il convient d'assurer¹⁷⁴. Le recours à un notaire s'impose. Non seulement il maîtrise l'organisation des transmissions anticipées¹⁷⁵, mais encore il assure la validité et l'efficacité

¹⁶⁷ V. toutefois des exemples d'optimisation de la transmission de titres : DEPONDT (A.) et EMMENECKER (A.) L'instruction du 13 juin 2001 et les donations de titres. Dr. et patrimoine 2002, p. 18 et s.

¹⁶⁸ V. *supra* n° 869. Ces présomptions sont notamment relatives au démembrement de propriété et à la technique sociétaire.

¹⁶⁹ Conseil d'Etat, 25 février 1981. Dr. fiscal 1981, n° 21, comm. 1490, p. 930, concl. Verny.

¹⁷⁰ V. FERNOUX (P.) La gestion fiscale du patrimoine. Groupe Revue Fiduciaire, 2001, n° 54. – DESLANDES (M.) Société civile, habileté fiscale et abus de droit. Dr. et patrimoine, décembre 1998, p. 51.

¹⁷¹ V. toutefois les inquiétudes nées d'une décision du Comité consultatif en 1998. FERNOUX (P.) S.C.L. et démembrement de propriété : contribuables... Résistez. Dr. et patrimoine 1998, n° 60, p. 29 et s. – V. encore GENTILHOMME (R.) Peut-on abuser du droit de donner ? J.C.P. éd. N. 1998, p. 945 et s. – GENTILHOMME (R.) Usufruit : chronique d'une mort fiscale annoncée. R. dr. banc. juillet-août 1998. Ingénierie patrimoniale, n° 68, p. 3.

¹⁷² CA PARIS, 7 mars 2002. Dr. fiscal 2002, comm. 713. En l'espèce, un autre but était de conserver l'immeuble dans le patrimoine familial en évitant l'état d'indivision entre les frères et sœurs, tout en permettant aux parents de conserver des revenus leur vie durant.

¹⁷³ LUCET (F.) et GIRAUD (L.) Parts sociales démembrées et imposition du résultat. Dr. fiscal 1999, n° 36, p. 1074 et s.

¹⁷⁴ Le formalisme a, par exemple, son importance quant aux présomptions fiscales.

¹⁷⁵ Il peut procéder à des audits présentant plusieurs projets.

des actes nécessaires à leurs mises en place, en tenant compte tant des paramètres civils¹⁷⁶ que fiscaux¹⁷⁷.

L'efficacité de la technique en matière de droits de mutation à titre onéreux est moins évidente.

2 – La minoration des droits de mutation à titre onéreux

868- Les droits de mutation à titre onéreux¹⁷⁸ ont été particulièrement critiqués. Payés par l'acquéreur en sus du prix de vente, ils peuvent constituer une entrave à la circulation des biens¹⁷⁹. Les réformes de ces dernières années ont toutefois « réalisé un grand pas vers la neutralité fiscale »¹⁸⁰.

Le fondement originnaire de cet impôt est la seule mutation. Toutefois, pour une conception plus moderne, il devrait aujourd'hui s'analyser comme un impôt sur la dépense. Les défenseurs de cette théorie font valoir l'assujettissement récent de certaines mutations immobilières à la T.V.A. Ce débat est intéressant du point de vue théorique, mais l'effet matériel de l'impôt n'en reste pas moins une diminution du patrimoine de l'acquéreur et justifie dans certains cas une recherche d'optimisation fiscale.

869- Les droits de mutation à titre onéreux portent tant sur les meubles (α) que sur les immeubles (β). La comparaison des taux applicables motivait, autrefois, la mise en société de

¹⁷⁶ Les aspects civils ne doivent pas être négligés. Par exemple, d'autres présomptions ont des conséquences uniquement civiles, mais peuvent remettre en question, au jour de la succession, la transmission organisée. Il s'agit des dispositions des art. 854 et 1832-1 C. civ. Le législateur se méfie des sociétés constituées avec des héritiers ou entre époux. Afin d'éviter tout rapport à la succession, il est préférable de soumettre la rédaction des statuts de la société à la forme authentique, même si le rapport dépend plus d'une question de fait (à savoir, l'existence d'un réel avantage) que d'une question de forme. De même, s'agissant des sociétés entre époux, la forme notariée évite que les avantages et libéralités résultant du contrat de société ne soient annulés, parce qu'ils constitueraient des donations déguisées (art. 1832-1 C. civ.) Le recours au notaire est opportun. Ainsi l'opinion de Monsieur Morin (Défrenois 1991, 1^{ère} partie, p. 98) est explicite « le recours au notaire doit être conseillé, non pour écarter tout problème de rapport successoral ultérieur mais pour recueillir les conseils de l'un des meilleurs spécialistes actuels de ces problèmes ».

¹⁷⁷ V. également : LEMEUNIER (F.) *Comment constituer et gérer une société civile*, p. 130. L'auteur estime que l'intervention du notaire présente l'avantage du recours à « un spécialiste qui a au surplus, le devoir de ne pas se contenter d'enregistrer la volonté des parties, mais de les consulter, de leur faire percevoir toutes les conséquences juridiques et fiscales de l'acte qu'elles se proposent de passer ».

¹⁷⁸ La mutation à titre onéreux se définit par la transmission d'un bien ou d'un droit moyennant une contrepartie fournie par le cessionnaire au cédant. La forme de la mutation importe peu, l'impôt frappe le *negotium* et non l'acte.

¹⁷⁹ Et donc, obstacle à la modernisation économique.

¹⁸⁰ COZIAN (M.) Une certaine idée de la fiscalité. Art. préc., p. 13

l'immeuble, afin de l'ameubler. En effet, les droits sur les cessions de valeurs sociétaires étaient plus cléments¹⁸¹. Désormais, l'habillage juridique retenu a une moindre importance.

a – Les droits de mutation sur les meubles

870- Cet impôt s'applique à toute cession de droits réels et de droits personnels. Les mutations de droits mobiliers ne sont plus soumises à l'enregistrement depuis 1963 à l'exception de deux catégories. Certaines mutations sont assujetties à un droit fixe de 75 euros. D'autres sont assujetties à un droit proportionnel lorsqu'elles prennent la forme de vente aux enchères ou à raison de leur objet comme pour les fonds de commerce.

Ainsi, la taxation de la cession d'une entreprise individuelle¹⁸² distingue entre les différents éléments la composant. La cession du stock sera soumise à T.V.A. Mais les éléments incorporels¹⁸³ et les éléments corporels¹⁸⁴ seront soumis aux droits d'enregistrement. Actuellement, le barème est progressif avec trois tranches. La fraction n'excédant pas 23.000 euros est exonérée. La fraction comprise entre 23.000 et 107.000 euros est soumise au taux de 3,80 %, au delà le taux de 2,80 % s'applique aux conventions conclues depuis le 1^{er} janvier 2002¹⁸⁵. Ce barème a été considérablement allégé par la loi de finances du 30 décembre 1999. Il s'applique quelle que soit la qualification employée par les parties lors de la cession.

L'intérêt de la mise en société de l'entreprise se mesure par comparaison des taux praticables.

871- Le régime des droits applicables aux cessions de valeurs sociétaires distingue suivant qu'il s'agit d'actions ou de parts sociales¹⁸⁶.

Le taux sur cession d'actions, d'abord, varie suivant la cotation. Si la société est cotée, la cession n'est pas imposable. Toutefois, si elle est constatée par un acte, elle est soumise au droit de 1% plafonné. Si la société n'est pas cotée, la mutation est taxée au droit de 1% plafonné à 3.049 euros par transaction. L'impôt est dû même si la cession n'est pas constatée par un acte. L'absence de droits concernant les titres des sociétés cotées se justifie par le souci

¹⁸¹ C'est une des raisons qui fait préférer la société à l'indivision. DEBOISSY (F.) et WICKER (G.) La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux. R.T.D. civ. 2000, p. 225 et s.

¹⁸² PAROT (J.-C.) *La fiscalité de la cession d'entreprise*. Banque éditeur, 1997.- SERLOOTEN (P.) *Fiscalité de la transmission d'entreprise*. Economica, 1994.

¹⁸³ Clientèle, droit au bail, brevets.

¹⁸⁴ Matériel, mobilier, immeubles.

¹⁸⁵ Art. 719 C.G.I.

¹⁸⁶ Art. 726 C.G.I.

de ne pas alourdir le coût de ce type de cession¹⁸⁷. La sécurité juridique des transactions est néanmoins assurée sans pénalisation fiscale, puisque si un acte est rédigé, le plafond des droits perçus s'élève à 3.049 euros¹⁸⁸.

La cession de parts d'une S.A.R.L. ou d'une société civile, ensuite, est justiciable d'un droit de 4,80 % calculé sur le montant de la transaction¹⁸⁹. Cette règle ne souffre pas d'exception et englobe les personnes morales non cotées à prépondérance immobilière¹⁹⁰. Toutefois, la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique réforme en partie ce régime à compter du 1^{er} janvier 2004. L'assiette du droit de 4,80 % sur les cessions de parts sociales est réduite d'un abattement égal à 23 000 € ramené au pourcentage des parts cédées dans le capital social. Cet abattement ne profitera pas aux cessions de parts de sociétés à prépondérance immobilière¹⁹¹.

872- La faveur fiscale accordée aux cessions de titres incitait, avant la baisse de l'ensemble des taux concernant les mutations à titre onéreux, à la constitution de sociétés destinées à organiser certains biens plus lourdement imposés à l'occasion de leur cession.

C'était le cas, par exemple, s'agissant du fonds de commerce. Longtemps, l'administration fiscale a prétendu qu'une cession massive de droits sociaux devait s'analyser comme une cession de fonds de commerce. L'enjeu était alors de taille, puisqu'une telle analyse quadruplait le tarif applicable. La Cour de cassation a heureusement rejeté cette prétention¹⁹². L'apport du fonds de commerce à une société est alors devenu une mesure de gestion fiscale. Suite à la réforme du barème, la mise en société est surtout motivée par d'autres raisons.

873- La société n'en présente pas moins des intérêts. Ainsi, la variété des formes sociales offre un large choix en vue de l'optimisation de la mutation. Il est possible de comparer le régime de la cession des parts d'une S.A.S.U. soumise au taux de 1% plafonné et

¹⁸⁷ La mobilité des actions est ainsi encouragée. La fluidité des marchés boursiers est préservée.

¹⁸⁸ L'ancien taux de 4,80 % dissuadait parfois les opérateurs de dresser un acte ou les obligeait à la juxtaposition acrobatique de deux écrits, ce qui n'empêchait pas parfois l'administration de découvrir la réalité écrite des cessions.

¹⁸⁹ Art. 726 C.G.I.

¹⁹⁰ La jurisprudence a récemment interprété favorablement la règle pour une société en cours de transformation. Il s'agissait d'une cession de parts de S.A.R.L. sous la condition suspensive de sa transformation préalable en S.A. Le taux retenu a été celui de 1 % et non 4,80 %. Cass. Com., 9 février 1999. Defrénois 1999, art. 37040, note CHAPPERT (A.)

¹⁹¹ art. 46 de la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique.

¹⁹² Cass. com., 7 mars 1984. J.C.P. éd. E. 1984, II, 14354, note DAVID (C.)

d'une E.U.R.L. soumise au taux de 4,80 %¹⁹³. Le montage avec société holding¹⁹⁴, utilisé en matière de transmission à titre gratuit, offre des intérêts fiscaux similaires en cas de cession à titre onéreux.

Les sociétés sont aptes à organiser toutes valeurs patrimoniales. Elles sont utilisées afin de minorer les droits de mutation des immeubles.

β – Les droits de mutation sur immeubles

874- La mutation d'immeuble peut se faire par une vente¹⁹⁵ ou un échange¹⁹⁶. Toute convention ayant pour objet le transfert d'immeuble ou de droits immobiliers est assimilée à une vente. La vente est taxable dès lors qu'elle est parfaite, certaine et actuelle. Sont imposables tous les biens qui ont la qualification d'immeubles d'après le Code civil¹⁹⁷. Les actes constatant un transfert immobilier sont soumis à la formalité unique et donc à un impôt dénommé taxe de publicité foncière. La taxe est liquidée sur le prix exprimé en y ajoutant les charges en capital ainsi que toutes les indemnités stipulées au profit du cédant ou sur la valeur vénale de l'immeuble si elle est supérieure au prix indiqué¹⁹⁸. Au taux applicable dans le département s'ajoutent la taxe communale et le prélèvement de l'Etat¹⁹⁹.

La mutation des immeubles donnait lieu à une imposition variable en fonction de la nature de l'immeuble en question. Dans un premier temps, la loi de finances pour 1999 a remanié le système d'imposition dans le sens d'un allègement des droits et d'une simplification des régimes. Des régimes spéciaux intéressaient les immeubles professionnels. Un taux réduit de 3,60 % était également institué par la loi de finances de 1999 pour les ventes d'immeubles à usage commercial, industriel, artisanal ou agricole, à la condition que l'acquéreur prenne l'engagement d'affecter les immeubles à un usage autre que l'habitation pendant une durée minimale de trois ans. Une mesure temporaire permettait l'exonération des droits de mutation pour les cessions à titre onéreux de bois et forêts²⁰⁰. Un taux réduit de 0,60 % s'applique en

¹⁹³ GUYON (Y.) L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées. Rev. sociétés 1999, p. 505 et s., n° 6.

¹⁹⁴ CASTAGNE (S.) Art. préc.

¹⁹⁵ Art. 1852 C. civ.

¹⁹⁶ Art. 1702 C. civ. L'échange connaît un régime fiscal plus favorable que les ventes. L'échange pur et simple connaît un taux de 4,80 % applicable à la valeur de l'immeuble. L'échange avec soulte a une nature mixte. Il est taxé à 4,80 % à hauteur de la valeur de l'immeuble le moins onéreux, et considéré comme une vente pour le montant de la soulte.

¹⁹⁷ Immeubles par nature, par destination, par l'objet auquel ils s'appliquent ou par détermination de la loi.

¹⁹⁸ Art. 683 C.G.I.

¹⁹⁹ C'est à dire respectivement 1,20 % et 2,50 % sur le droit départemental.

²⁰⁰ Art. 1137 et 1840-G *decies* C.G.I.

outre à des opérations concernant l'aménagement foncier ou l'urbanisme telles que les acquisitions de terrains par de jeunes agriculteurs, les opérations de rénovation urbaine, etc. Des exonérations de droits bénéficient aux immeubles bâtis non achevés ou neufs, aux terrains à bâtir et aux opérations réalisées par les marchands de biens. Mais le fondement de ces exonérations se trouve dans l'imposition des acquisitions concernées par la T.V.A.

La loi de finances pour 2000 a accentué l'allègement des taux en unifiant le régime applicable au taux de droit commun de 3,60 %.

875- Depuis cette loi de finances, comparativement au nouveau taux, la cession de parts de S.C.I.²⁰¹ n'est plus significativement moins imposée qu'une vente d'immeuble non assujettie à un régime de faveur²⁰². Tel n'était pas le cas lorsque certains taux s'élevaient à 13,80 %. Il était alors parfois préférable d'acquérir des parts donnant vocation à la jouissance d'un immeuble, plutôt qu'acquérir la propriété de l'immeuble²⁰³. Le risque de requalification de la cession de la totalité des parts en cession de l'actif social était d'ailleurs conjuré²⁰⁴. Désormais, l'intérêt de la S.C.I. d'un point de vue fiscal²⁰⁵ est diminué du fait de la baisse des droits de mutation sur les immeubles²⁰⁶ et de la possibilité de déduire directement les charges de l'immeuble. Il reste toutefois préconisé pour des immeubles de grande valeur, qui ont vocation à être fréquemment transmis, l'organisation sous la forme d'une S.A., afin de bénéficier du taux de 1% plafonné.

876- Le choix de l'organisation de certains actifs sous la forme sociétaire peut donc être motivé par l'application d'un taux plus favorable lors de leur mutation à titre gratuit ou à titre onéreux. Lorsque le bien est déjà organisé sous la forme sociétaire, l'acquéreur bénéficie directement de l'optimisation fiscale. Dans l'autre hypothèse, en revanche, le coût de l'organisation est susceptible de ruiner l'économie fiscale réalisée sur les droits de mutation. Ainsi, s'agissant de la comparaison entre la donation d'un immeuble d'habitation et la donation de parts de S.C.I., il faut tenir compte du coût de la mise en société de l'immeuble.

²⁰¹ MAUBLANC (J.-P.) L'imposition des cessions de parts dans les sociétés immobilières. A.J.D.I. 2001, n° 5, p. 402.- SIFRACZEK-ABITAN (M.) Les avantages fiscaux de la S.C.I. R.F. compt. 2001, n° 334, p. 35 et s.

²⁰² Le taux de droit commun est fixé à 3,60 %. Les taxes additionnelles s'y ajoutent mais ne dépassent pas le taux de cession des valeurs sociétaires. V. J.-Cl. Fiscalité immobilière, fasc. 126.

²⁰³ Ceci alors même que les droits de mutation sur immeubles ont été réformés. V. MAINTENANT (L.) Immeubles ou parts de sociétés immobilières : que faut-il préférer depuis la réforme des droits de mutation ? *Dt. et patrimoine*, juin 1999, p. 43 et s.

²⁰⁴ V. COZIAN (M.) Le charme discret des sociétés civiles immobilières. Art. préc.

²⁰⁵ DE MAINTENANT (L.) Immeubles ou parts de sociétés immobilières : que faut-il préférer depuis la réforme des droits de mutation ? Art. préc.

²⁰⁶ S'agissant des immeubles professionnels, le taux est passé de 18 % à 4,80 % (taxes additionnelles incluses) !

L'intérêt d'un tel montage peut être réduit à néant, parce que tout apport de bien à une société fait également l'objet de perception de droits. Il s'agit en effet d'une mutation au profit d'une nouvelle personne morale.

Il convient donc d'estimer le coût fiscal d'une constitution de société²⁰⁷.

B – Le coût fiscal résultant de la constitution d'une société

877- Lorsqu'une constitution de société est envisagée en vue de minimiser le poids fiscal d'une transmission, la question du coût de l'organisation doit se poser²⁰⁸. En effet, l'optimisation vise un événement unique (la mutation) et l'économie réalisée ne s'applique qu'à cette opération²⁰⁹. Le coût doit être comparé à l'économie espérée. La constitution d'une société destinée à structurer des valeurs du patrimoine suppose elle-même une taxation à l'occasion des apports qui constitue une mutation. En effet, la société ayant la personnalité morale, il y a transfert de propriété du bien au profit de celle-ci²¹⁰. Impôt sur la plus-value et droits de mutation sont susceptibles d'être exigés.

878- La nature juridique de l'apport en société doit pouvoir justifier son régime fiscal. Cette nature est toutefois discutable. On a noté la ressemblance de l'apport en société et de la vente. La différence essentielle tient pourtant dans la stipulation d'un prix dans la vente. Il est alors encore possible de voir dans l'apport un échange²¹¹. En effet, en contrepartie des biens apportés, sont reçues des parts sociales ou actions. Ces dernières donnent toutefois vocation à

²⁰⁷ Parfois le coût du montage est plus élevé que l'économie fiscale qu'il réalise. Il convient alors de déconseiller la réalisation de ce dernier, si l'unique objectif était fiscal. On peut illustrer cette idée avec une méthode de gestion de patrimoine courante utilisant les techniques des régimes matrimoniaux. Les avantages matrimoniaux n'étant pas assujettis aux droits de mutation à titre gratuit, alors que les libéralités entre époux le sont, il est parfois conseillé aux couples en fin de vie d'effectuer un changement de régime matrimonial en établissant un contrat de mariage procurant de tels avantages (attribution d'une communauté universelle ou d'une société d'acquêts par exemple). Encore faut-il calculer le coût du changement de régime, comparativement à l'économie fiscale. Lorsque le patrimoine des époux n'a plus vocation à évoluer à la hausse de manière conséquente, la comparaison peut être assez pertinente.

²⁰⁸ Le coût et les inconvénients de la mise en société doivent être mentionnés. Ainsi, s'agissant de l'entreprise, la gestion individuelle est moins lourde que la gestion juridique et fiscale de la société qui impose le recours à un spécialiste. Il faut que l'entreprise dégage un chiffre d'affaire suffisant pour s'offrir ce surcoût de fonctionnement. V. COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Droit des sociétés*. *Op. cit.* n° 57

²⁰⁹ Au contraire d'une mise en société motivée, par exemple, par l'assujettissement à l'I.S. dont l'intérêt s'appréciera tous les ans.

²¹⁰ BLAISE (H.) *L'apport en société*. Thèse Rennes 1955, p. 139.

²¹¹ SOUSI-ROUBI (B.) *Le contrat d'échange*. R.T.D. civ. 1978, p. 257 et s., spécialement n° 32. « Entre la vente et l'échange, c'est justement le prix fixé en une somme d'argent qui établit la distinction ».

un pouvoir applicable notamment sur les biens apportés²¹². En outre, les valeurs sociétaires sont précisément créées en considération de l'apport²¹³. Ces conceptions donnent au caractère institutionnel de la société une prépondérance. Son caractère contractuel ne peut être balayé. Finalement, la théorie de la mutation conditionnelle des apports a permis très tôt de faire bénéficier certains apports d'un régime fiscal de faveur. Selon cette théorie, l'apporteur à titre pur et simple est censé, au regard de la législation fiscale de l'enregistrement, conserver la propriété de son apport jusqu'à la dissolution de la société²¹⁴. L'apport du bien en société n'est réputé opérer la mutation du bien apporté que sous la condition suspensive de son attribution, lors du partage de l'actif social, à un associé autre que l'apporteur²¹⁵. En réalité, au regard des droits d'enregistrement, il semble surtout qu'une démarche fiscale réaliste soit adoptée, privilégiant notamment les besoins économiques. La détermination du régime fiscal n'est plus commandée par une analyse juridique de la nature de l'apport mais par l'impact économique du coût de la constitution de société.

879- En effet, le régime fiscal des apports²¹⁶ a bénéficié du contexte entrepreneurial des sociétés. L'évolution fiscale en matière de sociétés est allée de pair avec celle concernant les entreprises²¹⁷. Le poids fiscal s'est donc plutôt allégé avec le temps²¹⁸, ce qui a profité non seulement à l'entreprise²¹⁹, mais encore à toute valeur patrimoniale organisable par la technique sociétaire²²⁰.

880- Des droits sont perçus à l'occasion de la création d'une société²²¹. Ils concernent les apports faits par les fondateurs. Le régime des apports à titre pur et simple s'applique aux sommes en numéraire, valeurs mobilières, créances qu'un associé apporte à la société en

²¹² V. *supra* n° 278 et s.- BLAISE (H.) *Op. cit.*, p. 147.

²¹³ LEGIER (G.) Echange. Rép. Dalloz civ., n° 16.

²¹⁴ Conseil d'Etat, 10 octobre 1973. Dr. fiscal 1974, n° 39.

²¹⁵ Si le bien est attribué à l'apporteur, il est censé n'avoir jamais quitté le patrimoine de ce dernier et aucun droit de mutation n'est perçu.

²¹⁶ CHAPPERT (A.) Un clair-obscur fiscal : les apports en société soumis au droit de mutation spécial ou au droit fixe sur engagement de conserver les droits sociaux pendant cinq ans. Defrénois 1998, art. 36813, p. 689.

²¹⁷ La technique sociétaire reste la forme privilégiée de ces dernières.

²¹⁸ V. CHAPPERT (A.) Les chausse-trapes fiscales d'une constitution de société. Defrénois 1990, art. 34762, 34771 et 34785.- L'effort consenti par le législateur fiscal est supportable pour le fonctionnement de l'Etat puisque le poids de ces opérations restait faible dans les recettes de l'Etat alors même que la charge pour le contribuable était dissuasive.

²¹⁹ Que l'on cherchait par ce biais à avantager directement.

²²⁰ Apport d'une entreprise individuelle en société : art. 151 octies C.G.L. mode d'emploi. B.F.F.L. mai 2003, p. 367.

²²¹ Pour un tableau récapitulatif des droits d'enregistrement applicables lors des constitutions de sociétés depuis la loi de finances pour 2000, Dr. sociétés mars 2000, p. 9.

échange de valeurs sociétaires. Ces apports sont taxés au droit fixe de 230 euros (art. 810-I C.G.I.)

881- Le régime des apports à titre onéreux est plus dissuasif. Le législateur fiscal a considéré que cet apport, qui oblige la société à assumer une charge, grève son avenir. C'est le cas, par exemple, d'un apport d'immeuble se doublant du remboursement du prêt contracté pour son acquisition. L'apport est alors taxé comme une vente et supporte les droits de mutation à titre onéreux. Ces derniers sont toutefois moins élevés qu'avant²²².

Le coût de l'opération peut toutefois diminuer si l'apport est considéré mixte, c'est-à-dire onéreux à hauteur de la charge et pur et simple pour le surplus²²³.

882- L'apport de l'entreprise individuelle à une société bénéficie d'un régime de faveur. Les apports ne subissent qu'un droit fixe de 230 euros, même s'ils sont à titre onéreux. Toutefois, en contrepartie, le fondateur s'engage à conserver les titres représentatifs de l'apport pendant cinq ans. L'intégralité des éléments composant l'entreprise doit être apportée²²⁴. L'organisation de l'entreprise par la technique sociétaire ne connaît donc pas d'obstacles fiscaux. L'addition de ce droit fixe et des honoraires dus aux professionnels intervenant lors de la constitution de la société²²⁵ était mineure comparativement aux droits de mutation perçus lors de la cession d'un fonds de commerce avant la loi du 30 décembre 1999. Le taux maximum se portait, en effet, à 11,40 % au delà de 700.000 francs. Désormais l'apport d'un fonds de commerce ou biens assimilés donne lieu à la perception d'un taux marginal de 4,80%.

883- La loi de finances pour 2000 a également aménagé le régime de l'apport à titre onéreux de l'immeuble apporté à une S.C.I. exclusivement. L'opération s'analysait comme une mutation à titre onéreux et les droits d'enregistrement pouvaient être très lourds. Le poids

²²² V. *supra* n° 875.

²²³ L'apport peut également être réalisé en jouissance. V. par ex. : REGNAUT-MOUTIER (C.) Le régime fiscal de l'apport en jouissance d'un cabinet libéral à une société de capitaux. J.C.P. éd. E. 1999, p. 1573.- V. également : DEBOISSY (Fl.) Le régime fiscal de l'apport en jouissance. R.J. com. 1999, p. 353.

²²⁴ Il est à noter que l'article 151 *octies* du C.G.I. offre, au contribuable qui en fait la demande, la possibilité de bénéficier d'un même régime de faveur concernant les plus-values sur immobilisation réalisées à l'occasion de cet apport.

²²⁵ Ces professionnels peuvent être des notaires ou avocats. Les conseils peuvent éventuellement émaner du service juridique d'un expert comptable. Le coût de la rédaction de statuts de société s'évalue en moyenne à environ 1000 euros chez un notaire. Le tarif est en la matière libre et fixé en accord avec le client. Des difficultés exceptionnelles lors de la rédaction, la résolution par le notaire de conflits, etc. peuvent justifier une facturation parfois plus importante, mais qui reste très raisonnable comparativement à la sécurité juridique apportée à la convention et à la responsabilité qu'encourt ce professionnel en cas de problème.

est désormais réduit à 2% (auxquels il faut ajouter la taxe départementale et la taxe additionnelle) et cela sans conditions particulières. Cette mesure est de nature à encourager l'utilisation des S.C.I., notamment dans les perspectives de transmission du patrimoine²²⁶.

884- La loi d'orientation sur la forêt du 9 juillet 2001 a, quant à elle, exonéré de tout droit les apports réalisés à la constitution d'un G.F. ou G.F.R.²²⁷

885- La société est une technique de gestion fiscale de la mutation des valeurs du patrimoine. Elle permet des économies parfois substantielles. L'administration fiscale tente, notamment sur le terrain de l'abus de droit, de déjouer certains montages. La meilleure défense reste, pour le législateur, l'adoption de dispositions faisant une application rigoureuse du principe de la neutralité fiscale. L'ingénierie des conseillers fiscaux peine alors à trouver des techniques de minoration de l'impôt. C'est le cas s'agissant des impôts taxant la consistance du patrimoine.

²²⁶ Un apport de l'immeuble détenu par les parents est souvent envisagé afin de préparer sa détention collective et sa transmission sous le couvert d'une S.C.I.

²²⁷ Art. 810 *bis* C.G.I.

SECTION 2

L'optimisation fiscale de la consistance du patrimoine

886- Le mot « patrimoine » évoque la jouissance d'une certaine richesse²²⁸. La seule détention n'est pas étrangère à l'impôt²²⁹. En effet, le patrimoine est imposé dans sa seule consistance.

L'impôt sur la fortune (I.S.F.) est emblématique de cette taxation. Impôt annuel sur le capital, il est particulièrement critiqué par les gestionnaires de patrimoine en raison de son inefficacité²³⁰. L'argument de son inutilité repose sur son coût, direct et indirect²³¹, supérieur aux recettes qu'il génère. Lorsqu'il n'est pas réclamé sa suppression pure et simple, son plafonnement est recommandé²³². L'orthodoxie fiscale se trouve ébranlée dès lors que l'impôt détruit plus de richesses²³³ qu'il n'en collecte²³⁴. En Allemagne, l'impôt sur la fortune a même été déclaré inconstitutionnel²³⁵. Il est vrai qu'historiquement, l'I.S.F. semble être un impôt

²²⁸ Il s'associe à l'idée d'héritage du père, de fortune : ce sont des biens de famille dont on hérite. V. Le Petit Robert, v° patrimoine sens 1.- SERIAUX (A.) Rép. Dalloz civ. v° Patrimoine, décembre 2002, n° 2.

²²⁹ L'acquisition de la richesse, sa fluctuation sont imposées, sa seule détention l'est aussi.

²³⁰ PICHET (E.) Le véritable coût de l'I.S.F. : connaissance et action. Groupe ESC Bordeaux, déc. 1999, p. 58 et s. *Adde* : Dominique Strauss-Kahn aurait eu la formule suivante à son sujet « L'impôt français sur la fortune tend à taxer les millionnaires et à exonérer les milliardaires ». V. COZIAN (M.) Une certaine idée de la fiscalité. Art. préc., p. 13.

²³¹ Outre le coût de la collecte, il faut mentionner la perte de recettes fiscales des contribuables délocalisés et de ceux qui ne s'installeront pas en France à cause de cet impôt. On pense notamment à la perte d'I.R.P.P., perte de C.S.G., perte de droits de donation et de succession, perte de T.V.A., etc.

²³² En effet, il est revendiqué que la somme de l'I.R.P.P. et de l'I.S.F. ne dépasse pas 70 % des revenus du contribuable. (V. notamment *Le patrimoine au XXI^e siècle*. 96^e Congrès des notaires de France, Lille 28-31 mai 2000, commission : Organisation et Croissance du Patrimoine). A défaut de sa suppression, il est proposé de faire de l'I.S.F. un impôt calculé sur le capital et payé sur les revenus.

²³³ La propriété est taxée quels que soient les revenus que le contribuable en tire. L'impôt frappe pour la simple raison de la détention du bien. Cet impôt est souvent payé sur le capital, ce qui semble porter atteinte au droit fondamental de propriété. Le contribuable peut même être obligé de vendre une partie de son patrimoine pour pouvoir acquitter l'impôt.- V. encore : CHAMPAUD (Cl.) Le syndrome de tante Adèle. In *transmission et restructuration des petites et moyennes entreprises* sous la direction de Michel Deslandes. P.U.R., 1999, p. 13 et s. l'auteur décrit comment l'I.S.F. fut à l'origine de la disparition d'une entreprise prospère.

²³⁴ GILBERT (G.) La théorie économique de l'impôt optimal. R.F. fin. pub. 1996, n° 55, p. 93 et s.- On n'est pas loin du pillage qu'évoquait Mirabeau : « Droits sur les fruits sont impôts, droits sur le fonds sont pillage » Mirabeau cité par GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.) *Op. cit.*, n° 463, p. 421.

²³⁵ GROSCLAUDE (J.) De l'inconstitutionnalité de l'imposition de la fortune en Allemagne et en France. Dr. fiscale 2002, p. 879.- La question de la constitutionnalité de l'I.S.F. peut réellement se poser. Un impôt frappant des biens non productifs de revenus peut être considéré inconstitutionnel. La Cour européenne des droits de l'Homme pourrait être saisie de la question : un impôt dépassant 100 % des revenus est-il compatible avec le principe de protection de la vie privée ? Réemment la Cour d'appel de Caen a toutefois rejeté cet argument. V. CAEN 12 novembre 2002 Dr. sociétés février 2003, comm. 41, p. 38, obs. PIERRE (J.-L.) Les contribuables ont tenté de démontrer le caractère confiscatoire de l'I.S.F. sur le fondement des art. 2 et 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La cour a répliqué en arguant de l'art. 13 de la même déclaration (l'utilité publique de l'impôt) !

relevant plus du dogmatisme²³⁶ que du pragmatisme²³⁷. « Périclès l'économie plutôt que le symbole... »²³⁸, sa suppression n'est pas à l'ordre du jour.

D'autres taxes, plus discrètes, frappent la consistance du patrimoine, telles que la taxe foncière.

887- En la matière, il existe peu de possibilités d'optimisation fiscale. Les brèches ouvertes sont peu à peu refermées. En matière d'I.S.F. (paragraphe 1), la technique sociétaire parvient seulement à mieux déterminer la frontière entre patrimoine privé et patrimoine professionnel. Parce qu'elle est une structure d'organisation de l'entreprise, elle bénéficie des dispositions fiscales cherchant à favoriser leur environnement juridique. En revanche, s'agissant des autres taxes (paragraphe 2), la société est inefficace.

Paragraphe 1 – Technique sociétaire et I.S.F.

888- Cet impôt²³⁹ a été institué en 1982²⁴⁰ sous l'appellation « impôt sur les grandes fortunes ». Son ambition était de « mieux adapter l'impôt aux facultés contributives de chacun, concourir à la réduction des inégalités excessives, et combler certaines insuffisances du système fiscal français »²⁴¹. Sa finalité a toutefois évolué avec le temps. Supprimé entre 1986 et 1989, il est réapparu avec pour but de financer le revenu minimum d'insertion. Il a été délié de tout effet économique ou financier pour devenir un outil de solidarité forcée.

²³⁶ Il répond au souci de marquer les esprits d'une volonté de taxer le patrimoine directement en son cœur, à l'état brut et sans mouvement. En ce sens, le Conseil des impôts dans son rapport de 1998 l'a qualifié d'impôt symbolique. Le professeur Cozian précise qu'il s'agit même d'un impôt « idéologique » (Entretien avec COZIAN (M.) Une certaine idée de la fiscalité. Art. préc., p. 13).

²³⁷ Les défenseurs d'une politique libérale n'ont pas manqué de remarquer le danger économique que constitue la fuite de ces supports d'activité, notamment en terme d'emplois. Il fait fuir les Français concernés à Genève, Londres ou Bruxelles. Tel est le cas de la non moins emblématique Laetitia Casta. Les courants politiques opposés à l'I.S.F. pensent que cet impôt s'explique pour des raisons essentiellement politiques. Taxer l'avoir est un signe positif pour un certain électorat. C'est François Mitterrand qui a initié l'impôt sur les grandes fortunes. Il se trouve qu'objectivement, « avoir » ne signifie pas toujours « bien vivre ». Ce qui importe est le revenu régulier dont on dispose pour vivre. Un exploitant agricole, par exemple, propriétaire des terres qu'il cultive, détient un certain patrimoine. Il est impossible, pour autant, de dire qu'il vit aisément s'il ne parvient à en retirer qu'un faible revenu. L'I.S.F. tente de prendre en compte ces paramètres, en réservant un sort particulier aux biens professionnels notamment.

²³⁸ COZIAN (M.) Une certaine idée de la fiscalité. Art. préc., p. 13

²³⁹ Il est codifié sous les articles 885-A à 885-X du Code général des impôts.

²⁴⁰ Plus tardivement que chez certains de nos voisins européens comme l'Allemagne, la Suisse ou les pays nordiques qui l'avaient institué très tôt.

²⁴¹ V. l'exposé des motifs de la loi de finances pour 1982 du 30 décembre 1981. www.legifrance.gouv.fr.

Son principe directeur est qu'il est taxé selon les mêmes règles que les droits de mutation par décès. Il s'agit toutefois d'un impôt permanent sur le capital²⁴². La technique sociétaire est indifférente quant à la délimitation de son champ d'application (A). En effet, toute double imposition doit être évitée. La technique sociétaire, en structurant le patrimoine, aide néanmoins à cerner le patrimoine professionnel²⁴³. Elle joue un rôle quant à la détermination de l'impôt (B.)

A - Société et champ d'application de l'I.S.F.

889- Les sociétés ne sont pas assujetties à l'I.S.F. Seules sont assujetties les personnes physiques détenant au 1^{er} janvier de l'année d'imposition un patrimoine imposable supérieur à un seuil de 720.000 euros. Le foyer fiscal comprend le contribuable, son conjoint²⁴⁴ et ses enfants mineurs non émancipés²⁴⁵. Le concubinage notoire est assimilé au foyer fiscal²⁴⁶. Le patrimoine à prendre en compte est plus ou moins étendu selon que son propriétaire a son domicile fiscal en France ou à l'étranger. Le premier est imposable sur tous ses biens y compris ceux situés à l'étranger²⁴⁷. Le second est imposable pour ses biens situés en France s'ils excèdent le seuil d'imposition²⁴⁸.

890- Les personnes morales échappent donc à l'I.S.F., quelles que soient leur forme ou leur nature publique ou privée. Les biens qu'elles détiennent sont indirectement imposés entre les mains des personnes physiques, prises en leur qualité d'associés. En posant le principe de la transparence fiscale, le législateur évite la double imposition. Il reste surtout attentif aux montages sociétaires visant à éluder l'impôt. Ainsi en est-il de certaines interpositions de personnes morales. Par exemple, les non-résidents sont depuis 1999 imposés à raison de la

²⁴² Et non d'un impôt occasionnel comme les droits de mutation à titre gratuit.

²⁴³ Sur les liens limités entre la technique sociétaire et l'I.S.F., v. HOVASSE (H.) *I.S.F. et forme sociale*. J.C.P. éd. E. 2000, p. 1270 et s.

²⁴⁴ Les biens des deux époux sont retenus quel que soit leur régime matrimonial. Toutefois les époux séparés de biens ne vivant pas sous le même toit font l'objet de déclarations distinctes, de même que les époux en instance de divorce ou de séparation de corps lorsqu'ils sont autorisés à avoir des domiciles séparés. En cas d'abandon du domicile conjugal, l'imposition reste commune, contrairement à ce qu'il se passe pour l'I.R.

²⁴⁵ Les biens des enfants mineurs sont imposés avec ceux de leurs parents qui en ont l'administration légale, même s'ils font une déclaration sur les revenus distincte.

²⁴⁶ Cette première reconnaissance fiscale du concubinage a surtout pour objet d'éviter qu'en cas de divorce suivi de reprise de la vie commune, l'impôt puisse être éludé par fractionnement du patrimoine.

²⁴⁷ Ils peuvent tout au plus éviter la double imposition en imputant l'impôt sur le capital payé à l'étranger sur l'I.S.F. dû en France.

²⁴⁸ Il existe toutefois une exonération concernant les placements financiers effectués en France par des non-résidents. Il existe également des conventions internationales qui aménagent les règles d'imposition.

détention personnelle, ou par un groupe familial interposé, de titres de sociétés françaises ou étrangères dont l'actif est directement ou indirectement constitué d'immeubles en France²⁴⁹.

La technique sociétaire retrouve un intérêt structurel en ce qui concerne la détermination de l'I.S.F.

B - Société et détermination de l'I.S.F.

891- L'assiette (1) et la liquidation (2) sont des occasions d'optimisation fiscale.

1 – La fixation de l'assiette de l'I.S.F.

892- A première vue, l'assiette de l'I.S.F. est large puisque la loi vise tous les biens (a), droits et valeurs et donne un sens extensif à la notion de propriété²⁵⁰. Il existe néanmoins des exonérations (b) qui profitent à certains biens détenus par des sociétés.

a) Les biens imposables

893- Tous les biens qui sont la propriété du contribuable au premier janvier de l'année d'imposition sont imposables²⁵¹. La notion de propriété est entendue largement : les théories de l'apparence, de l'accession et les présomptions de propriété²⁵² s'appliquent. Il convient encore de tenir compte des présomptions fiscales prévues par les articles 752 à 754-B et 1881 à 1882 du C.G.I.

894- En outre, certaines règles posées sont propres à l'I.S.F.

C'est le cas, *d'abord*, concernant les biens grevés d'un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation²⁵³. En effet, en cas de démembrement de propriété, le titulaire de l'usufruit ou du droit d'usage doit comprendre les biens dans son patrimoine pour leur valeur en pleine

²⁴⁹ V. *infra* n° 920.

²⁵⁰ Il faut, en effet, réintégrer la valeur des biens détenus par les sociétés, lesquelles ne sont pas assujetties à l'I.S.F.

²⁵¹ En la matière, certaines règles sont communes à celles régissant les droits de mutation à titre gratuit.

²⁵² Notamment de l'art. 2279 C. civ

²⁵³ Art. 885 G C.G.I.- V. LUCET (F.) A propos de la répartition de l'I.S.F. entre usufruitier et nu-propriétaire. Defrénois 1999, art. 36958.- Sur l'intérêt de la convention de quasi-usufruit, v. AUMONT (F.) Les incertitudes fiscales de la convention de quasi-usufruitier au regard de l'I.S.F. J.C.P. éd. N. 2000, p. 1165.

propriété. C'est une présomption irréfragable de propriété²⁵⁴. Cette imposition sur la pleine propriété est toutefois écartée dans trois hypothèses. Le premier cas intéresse la constitution d'usufruit imposée par le Code civil²⁵⁵. Le deuxième vise une vente avec réserve d'usufruit au vendeur alors que l'acquéreur n'est ni un héritier ni un donataire du vendeur. Le troisième concerne l'usufruit réservé sur des biens donnés à l'Etat ou des personnes publiques énumérées à l'article 885-G-c du C.G.I. Dans ces trois hypothèses, les biens sont compris dans les patrimoines respectifs de l'usufruitier et du nu-propiétaire pour leurs valorisations telles qu'elles résultent de l'article 762 du C.G.I.

Les contrats d'assurance font également l'objet de règles spécifiques. Les contrats rachetables doivent être comptabilisés dans le patrimoine du contribuable pour la valeur de rachat indiquée tous les ans sur la police d'assurance. Les contrats non rachetables ne subissent pas les mêmes règles. Toutefois, les primes versées au delà de 70 ans sont soumises à l'I.S.F.

Enfin, les bons anonymes²⁵⁶ font l'objet d'une attention particulière. Lorsque le contribuable renonce à l'anonymat, la valeur nominale des bons est à inclure dans le patrimoine si le seuil est dépassé. Dans le cas contraire, ils donnent lieu à un prélèvement forfaitaire de 2% sur le montant nominal du bon, qui se substitue alors à l'I.S.F.

L'assiette de l'I.S.F. est donc très large.

b) Les exonérations

895- Elles sont nombreuses comparativement aux impôts analogues des législations étrangères. Outre les biens faisant partie d'un patrimoine n'excédant pas le seuil, ainsi que ceux détenus en nue-propriété²⁵⁷, plusieurs catégories d'exonérations doivent être distinguées.

896- Une première catégorie importante d'exonération intéresse *les biens professionnels*.

En préambule, il est à noter que les biens ruraux peuvent être sous certaines conditions assimilés à des biens professionnels. C'est le cas lorsque les biens sont donnés à bail d'une

²⁵⁴ Le but de cette règle est moins de faire payer l'impôt à celui qui perçoit les revenus que d'éviter les démembrements éludant l'impôt.

²⁵⁵ Usufruit légal du conjoint survivant mais également usufruit des art. 1094 et 1098 C. civ. La discussion est ouverte entre l'administration fiscale et la Cour de cassation concernant l'application de l'exonération pour l'usufruit résultant d'une donation entre époux. V. Cass. com., 18 avril 1989. Dr. fiscal 1989, n° 22-23, comm. 1140.

²⁵⁶ Il s'agit de bons pour lesquels l'épargnant n'indique à l'établissement financier ni son identité ni son adresse.

²⁵⁷ Dans la mesure où l'usufruit est imposé pour la valeur de la pleine propriété.

durée minimum de 18 ans au conjoint, ascendant ou descendant ou frères et sœurs du contribuable, et à la condition que les biens loués soient utilisés par le preneur dans l'exercice de sa profession principale. Dans un but de neutralité fiscale, sont assimilées à des biens professionnels les parts de G.F.A. ou de groupements agricoles fonciers. La technique sociétaire ne fait donc pas obstacle à ce type de placements patrimoniaux qui diminuent le montant de l'I.S.F.²⁵⁸

897- Pour la définition des biens professionnels, la loi distingue selon que la profession est exercée à titre individuel ou dans le cadre d'une société.

- Les biens dépendant d'une exploitation individuelle.

L'article 885-N du C.G.I. fixe les quatre conditions nécessaires pour la qualification de biens professionnels.

Les biens doivent, d'abord, être affectés à l'exercice d'une activité professionnelle²⁵⁹.

Cette activité est, ensuite, nécessairement exercée par le propriétaire du bien ou son conjoint²⁶⁰. Toutefois, l'administration admet que cette condition soit remplie si le bien est loué soit directement par lui, soit par l'intermédiaire d'une société dont il détient les parts, dès lors que cette location ne le prive pas d'utiliser le bien pour le besoin exclusif de son activité professionnelle. C'est le cas, par exemple, de médecins d'une clinique propriétaires des murs par l'intermédiaire d'une S.C.I. qui les loue à une société d'exploitation. Le montage est très courant. La transparence fiscale joue en faveur des médecins qui peuvent qualifier ce bien de professionnel, bien qu'il soit donné en location²⁶¹. La technique sociétaire qui nécessite la mise en location n'est donc pas un obstacle pour l'optimisation de l'I.S.F.

La profession doit, également, être exercée à titre principal²⁶².

Le bien doit, enfin, être nécessaire à l'exercice de la profession²⁶³

²⁵⁸ Il s'agit d'un nouvel exemple de l'avantage fiscal que peut constituer la transparence fiscale et le souci de neutralité. V. pour d'autres cas *supra* n° 838 s'agissant du bénéfice des exonérations sur plus-value immobilière.

²⁵⁹ Il s'agit la plupart du temps d'une activité commerciale, artisanale, industrielle, agricole ou libérale. Elle doit constituer une véritable profession, c'est-à-dire, selon la définition fiscale, « un exercice à titre habituel et constant d'une activité de nature à procurer à celui qui l'exerce les moyens de satisfaire aux besoins de l'existence ».

²⁶⁰ On doit admettre l'extension au concubin notoire et à l'enfant mineur. En cas de démembrement, c'est l'usufruitier, s'il est aussi l'exploitant, qui peut se prévaloir de la qualification de bien professionnel. Les biens donnés en location ne peuvent en principe bénéficier du régime, même s'ils sont destinés à une activité professionnelle.

²⁶¹ V. encore : Comité fiscal de la mission d'organisation administrative (M.O.A.). Détermination de la part professionnelle d'actifs loués par une S.C.I. à une filiale d'exploitation détenue par le redevable. J.C.P. éd. E. 2001, p. 886.

²⁶² Elle doit constituer l'essentiel de ses activités économiques et procurer la plus grande part de revenus. Mais on peut considérer qu'une seule activité est exercée lorsqu'on relève un lien de similitude, un lien de connexité ou de complémentarité.

- Les parts ou actions de société²⁶⁴.

898- En application des articles 885-O et 885-O *bis* du C.G.I., les parts ou actions peuvent être retenues comme des biens professionnels²⁶⁵. A l'instar des règles établies pour l'exploitant individuel, le domaine de l'activité exercée par la société est indifféremment de nature commerciale, artisanale, industrielle, libérale ou agricole. Ce régime a été réformé par la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique. Les nouvelles dispositions²⁶⁶ seront applicables à compter de 2004.

899- *En premier lieu, certaines dispositions ne distinguent pas selon l'assujettissement à l'I.R.P.P. ou à l'I.S.*

Il en résulte, *d'abord*, que les parts de société civile²⁶⁷ ne peuvent pas être, par principe, professionnelles²⁶⁸. Il existe toutefois deux dérogations.

C'est le cas, d'une part, de certaines sociétés holdings, effectivement animatrices du groupe. Le contribuable (avec son groupe familial) doit détenir au moins 25% des parts ou une participation représentant directement plus de 75 % de son patrimoine taxable. Il doit en outre avoir des fonctions de direction dans la holding.

C'est le cas, d'autre part, de certaines sociétés immobilières. Leur objet, même non exclusif, est la location ou la mise à disposition d'immeubles professionnels au profit de sociétés d'exploitation, dont les parts sont elles-mêmes des biens professionnels pour le redevable²⁶⁹. Leurs valeurs sociétaires sont exonérées dans la limite de la participation du redevable dans la société d'exploitation par la valeur des biens loués.

900- Les redevables sont également fondés à comprendre dans les biens professionnels les parts ou actions de sociétés exerçant une activité présentant un lien de similitude, de

²⁶³ Il faut en effet un lien de causalité directe avec l'exploitation, une utilisation effective pour ses besoins et l'impossibilité d'utiliser les biens à un autre usage. L'inscription au bilan de l'entreprise est une présomption mais la preuve contraire peut être apportée par l'administration qui tient compte de l'affectation réelle.

²⁶⁴ Les comptes courants d'associés sont des créances sur la société et ne peuvent s'analyser comme des biens professionnels.

²⁶⁵ Pour une étude d'ensemble et d'actualité : NOUEL (C.) Quels sont les aménagements récents apportés au régime d'exonération d'I.S.F. des titres de sociétés. Bull. Joly 2001, § 36, p. 117 et s.

²⁶⁶ V. *infra* n°.

²⁶⁷ Telles que les sociétés de gestion de portefeuille ou de gestion d'immeubles.

²⁶⁸ V. article : S.C.I. et I.S.F. J.C.P. éd. E. 2001, p. 886 et s.

²⁶⁹ Lorsqu'un associé détient dans la société immobilière un pourcentage supérieur à celui qu'il détient dans la société d'exploitation, la différence perd toutefois son caractère professionnel, bien que l'immeuble soit entièrement à caractère professionnel. V. en ce sens : ROSENBAUM (J.) I.S.F. : biens professionnels loués par une société immobilière. R.F. compt. 2002, n° 344, p. 9.- V. pour un exemple chiffré de l'économie fiscale réalisée : Le Revenu, n° spécial janvier 2003, p. 45.

connexité ou complémentarité avec l'activité. Il suffit que le total des rémunérations perçues de ces sociétés représente plus de 50% des revenus professionnels de l'intéressé.

901- *Ensuite*, le départ à la retraite entraîne, en principe, la disqualification des biens professionnels. Toutefois, l'article 885-O *quinquies* du C.G.I. tempère cette règle lorsque la cessation de fonction s'accompagne d'un démembrement de propriété. Le dirigeant bénéficie de l'exonération des biens professionnels pour la valeur de la nue-propriété des titres²⁷⁰, si, au moment de son départ, il transmet les valeurs sociétaires en se réservant l'usufruit²⁷¹.

902- *Enfin*, lorsqu'une profession libérale est exercée collectivement dans le cadre d'une S.A. ou S.A.R.L., il est admis que le redevable puisse bénéficier de la qualification de biens professionnels, alors même qu'il ne remplit pas les conditions quant au seuil de participation et quant à la nature des fonctions normalement exigées.

903 - *En second lieu, les autres règles distinguent selon que la société est assujettie à l'I.R.P.P. ou à l'I.S.*

Conformément aux articles 8 et 8 *ter* du C.G.I., d'abord, les parts des sociétés soumises à l'impôt sur le revenu sont considérées « biens professionnels » lorsque le redevable exerce dans la société son activité professionnelle principale²⁷². Il ne doit pas nécessairement avoir des fonctions de direction, mais doit participer à l'activité sociale.

Ensuite, s'agissant des parts ou actions des sociétés soumises à l'I.S., le redevable doit remplir deux conditions. La première concerne l'exercice de fonctions de direction²⁷³. La seconde condition concerne la détention d'une participation minimale, directe ou indirecte²⁷⁴, de 25% ou d'une participation excédant 75% de la valeur brute des biens imposables du redevable.

²⁷⁰ La valeur est fixée en fonction des règles posées par l'art. 762 C.G.I. L'exonération sera d'autant plus élevée que l'usufruitier sera âgé.

²⁷¹ *Adde* : Instruction ministérielle du 26 février 2002. La revue fiscale notariale Avril 2002, n° 1. *En bref*, n° 6, p. 5.

²⁷² V. par exemple : PAILLUSSEAU (J.). *Les dirigeants de S.A.S et l'I.S.F.* J.C.P. éd. E. 2000, p. 1925.

²⁷³ La loi les énumère très précisément. Ainsi, pour une société de personnes ayant opté pour l'I.S., il n'est pas nécessaire que l'associé soit gérant, mais il doit participer effectivement à l'activité sociale en y exerçant sa profession principale. Pour les S.A.R.L. et S.C.A., il faut être gérant effectif, recevant une rémunération et ayant été nommé conformément aux statuts. Pour les S.A., les fonctions de président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, de directeur général ou membre du directoire conviennent à la qualification. Les fonctions doivent être effectivement exercées et donner lieu à une rémunération qui doit représenter plus de la moitié des revenus du redevable.

²⁷⁴ Elle peut être indirecte par l'intermédiaire de son conjoint, concubin notoire, de descendants ou ascendants, frères ou sœurs. Elle peut l'être également par l'intermédiaire d'autres sociétés, dont ils sont actionnaires ou associés.

904- Ces mesures neutres concernant les exonérations sont favorables à l'emploi de la technique sociétaire. Toutefois, cette dernière ne réalise aucune optimisation fiscale quant à l'I.S.F. Ainsi, la seule forme sociale ne suffit pas à qualifier le bien de professionnel. Certaines formes favorisent plus que d'autres la qualification, mais aucune n'est déterminante. La réalité est toujours recherchée²⁷⁵. L'optimisation sociétaire consiste, en fait, à opter pour la forme sociale qui permettra d'obtenir la qualification de biens professionnels des titres²⁷⁶.

905- La loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique a cherché à assouplir ce régime. Son souci de doper l'esprit d'entreprise l'a conduite à accorder, à compter de 2004, certaines faveurs aux associés qui ne remplissent pas les conditions pour bénéficier des exonérations. Ainsi, l'exonération de la moitié de la valeur de leurs droits sociaux sera possible si l'associé s'est engagé au préalable, avec d'autres associés, à conserver, pendant une durée minimale de six ans, une fraction du capital de la société (20 % pour les sociétés cotées et 34 % pour les sociétés non cotées). L'article 48 de la loi pour l'initiative économique exonère les titres reçus en contrepartie de la souscription au capital d'une société abritant une P.M.E. d'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. Quant au seuil de détention du capital permettant aux dirigeants de bénéficier d'une exonération d'I.S.F., il est ramené de 75% à 50%. Il s'agit là de mesures audacieuses en faveur du monde de l'entreprise. L'engagement de conservation a pour mérite d'écarter les spéculateurs et de favoriser la démarche des investisseurs à long terme.

906- En dehors des biens professionnels, les *autres biens exonérés* forment une liste hétéroclite : les objets d'antiquité, d'art ou de collection, les droits de propriété littéraire et artistique, les droits de propriété industrielle, les rentes viagères et pensions, les bois et forêts et biens ruraux loués à long terme²⁷⁷, les placements financiers des non-résidents.

²⁷⁵ Les règles concernant les sociétés civiles sont très explicites à ce sujet.

²⁷⁶ V. en ce sens, HOVASSE (H.), *I.S.F. et forme sociale*. Art. préc. l'auteur dresse une liste des fonctions admises pour l'exonération en relation avec les différentes formes sociales.

²⁷⁷ Concernant les parts de G.F., la base imposable à l'I.S.F. peut être réduite des 3/4. Le régime Monichon s'applique si les conditions sont réunies (certificat de la DDAF à fournir, engagement trentenaire, etc.) En matière d'I.S.F. toutefois, seules les parts de groupements forestiers représentatives d'apports en nature de bois et forêts peuvent ouvrir droit à la réduction de base imposable. V. art. 885-H C.G.I. Ce point semble rendre incompatible le cumul des dispositions relatives à la réduction de l'I.R. et de celles relatives à l'I.S.F. puisque s'agissant des réductions d'I.R., l'apport doit être nécessairement en numéraire. V. DUHEM (J.) *I.S.F. : Chronique d'une année ordinaire*. J.C.P. éd. N. 2002, n° 1322, p. 801 et s., n° 15.

Cette dernière disposition a pour finalité de ne pas décourager les investissements en France. Elle exonère donc les valeurs mobilières, bons de caisse, comptes de dépôt, etc. Toutefois, deux formes de placements ne bénéficient pas de l'exonération en raison des risques d'évasion fiscale. C'est le cas des titres de participation (ils sont présumés tels lorsqu'ils représentent plus de 10% du capital de la société). C'est le cas également des parts ou actions de sociétés dont l'actif est composé d'immeubles ou droits immobiliers en France. Il en est de même des titres détenus par les non-résidents dans une personne morale entraînant une possession indirecte immobilière. Certains montages fiscaux utilisant la technique sociétaire sont donc ainsi rendus inefficaces.

907- Les règles concernant l'assiette de l'I.S.F. sont aussi neutres que possible s'agissant des sociétés. Les raisons civiles, motivant la constitution d'une société, ne se trouvent, à aucun moment, entravées. La technique sociétaire ne permet pas d'optimisation fiscale. Les montages utilisant le jeu de la territorialité sont peu à peu démasqués ainsi qu'en témoignent les conditions d'exonération des placements effectués par les non-résidents.

2 – La liquidation de l'I.S.F.

908- Les règles de liquidation et de recouvrement n'appellent pas habituellement de remarques particulières concernant les possibilités d'optimisation. En matière d'I.S.F., une particularité intéresse le domaine des sociétés.

En effet, pour liquider l'I.S.F., la fortune brute est dans un premier temps établie d'après la valeur vénale des biens au 1^{er} janvier d'imposition. La plupart des règles concernant les droits de succession s'appliquent pour l'évaluation des biens. Des dispositions propres à l'I.S.F. concernent les valeurs mobilières cotées en bourse. Le contribuable a le choix entre la valeur au 1^{er} janvier ou la moyenne des trente derniers cours²⁷⁸. La fructification du patrimoine par la technique sociétaire est donc intéressante : la souplesse des règles d'évaluation permet de jouer, dans une mesure relative, sur la hauteur de l'impôt.

²⁷⁸ Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence (Cass. com., 19 juin 1990, L. fisc. 1990, n° 32-33, comm. n° 1677) est favorable aux titulaires de droits indivis puisqu'elle refuse que la valeur retenue soit la quote-part des droits appliquée à la valeur vénale de l'immeuble. Au contraire, elle demande à l'administration de rechercher la valeur vénale des droits indivis et de se rapprocher ainsi de la valeur de cession de ces droits. Il en est de même pour l'usufruitier légal. La décote ainsi obtenue minore l'assiette de l'impôt.

909- Les dettes du foyer fiscal²⁷⁹ sont soustraites de cette fortune. Les dettes professionnelles ne peuvent être déduites que pour la part qui excède, après imputation, la valeur des biens professionnels²⁸⁰.

Le barème progressif par tranche s'applique ensuite. Une réduction d'impôt pour charge de famille s'applique et peut relever sensiblement le seuil d'imposition du foyer fiscal.

Un plafonnement a été mis en place pour les contribuables disposant d'un patrimoine important mais d'un revenu médiocre. L'imposition globale (I.R.P.P. et I.S.F.) ne peut être supérieur à 85% des revenus nets du contribuable en y ajoutant les revenus exonérés par le droit interne ou les conventions internationales.

C'est au contribuable d'apprécier s'il dépasse ou non le seuil d'imposition. Il en résulte souvent une dissimulation ou une minoration de bonne foi. La sévérité d'appréciation se couple à une possibilité de redressement pendant 10 ans. Le contribuable remplit la déclaration et calcule l'impôt. Il l'adresse avec son paiement à l'administration.

910- En conclusion, la technique sociétaire est, en matière d'I.S.F., neutre. Elle présente deux faibles intérêts. D'une part, elle aide à définir les biens professionnels exonérés. D'autre part, elle bénéficie de règles d'évaluation souple des valeurs sociétaires à comprendre dans le patrimoine taxable. Les véritables pistes d'optimisation fiscale se trouvent ailleurs. Par exemple, la donation d'usufruit temporaire à une fondation permet de transférer de la base taxable²⁸¹.

La société est encore moins une technique d'optimisation fiscale concernant les autres taxes grevant la propriété.

Paragraphe 2 – Technique sociétaire et autres taxes sur la propriété

911- Des multiples taxes grevent la consistance du patrimoine. Les plus anciennes se justifient par un besoin de rentrées fiscales destinées à des dépenses de fonctionnement en lien avec l'élément patrimonial. C'est ainsi que l'on peut justifier par exemple la taxe foncière (A).

²⁷⁹ Qui peuvent être des emprunts, des impôts, des découverts bancaires, etc.

²⁸⁰ V. toutefois : PARIS, 28 juin 2001. Bull. Joly 2002, § 24, p. 129 et s., note NOUËL (C.). Aux termes de cet arrêt, la situation nette négative d'une S.N.C. ne constitue pas une dette déductible pour ses associés de l'assiette de l'I.S.F. !

²⁸¹ V. pour d'autres exemples : BRUNEAU (P.) et CHOUVELON (T.) *Ingénierie fiscale du patrimoine. Guide d'optimisation fiscale*. E.F.E., 2001, p. 309 et s.- V. encore : CARTAIRADE (V.) *Des S.C.P.I. qui s'éclatent ! Investir magazine*, avril 2001, p. 58 et s. (s'agissant du démembrement temporaire).- Encore faut-il que le coût de la donation n'excède pas l'économie réalisée sur I.S.F.

En revanche, des taxes plus récentes ont pour seule finalité l'incitation fiscale (B). Le législateur s'immisce de cette manière dans la gestion patrimoniale des Français, les poussant à employer leur patrimoine conformément à des besoins d'intérêt général. La taxe annuelle sur les logements vacants en est un bel exemple.

La technique sociétaire est alors totalement impuissante en terme d'optimisation fiscale. La recherche de la réalité et l'emploi de la théorie de la transparence sont d'autant plus présents que ces taxes intéressent surtout des biens immobiliers. Dans certains cas, le montage sociétaire est même le fondement de la taxe.

A - L'impuissance de la technique sociétaire face à la taxe foncière

912- La fiscalité directe locale a, elle aussi, mauvaise presse. Archaïque de réputation, elle est accusée de ne pas être en phase avec les réalités économiques et la justice fiscale. La taxe d'habitation a été particulièrement décriée ces derniers temps. Elle se double parfois de la taxe foncière.

913- Cette dernière grève la consistance du patrimoine, en se fondant sur le droit de propriété. Perçue annuellement, elle est due alors même qu'aucun revenu n'est tiré du bien immobilier. En particulier, l'autonomie dont les collectivités bénéficient dans la fixation du taux entraîne des différences notables pour les contribuables. Le principe d'égalité devant l'impôt est bafoué d'un point de vue national.

914- La détermination du montant de la taxe s'appuie sur la valeur locative du bien²⁸². Elle est fixée par les services fiscaux en fonction de la localisation du bien, de sa superficie, son affectation, son état, etc. Elle n'est révisée qu'à l'occasion de changements physiques importants du bien (reconstruction ou agrandissement, par exemple). Il existe en réalité deux taxes foncières s'appliquant l'une aux propriétés bâties, l'autre aux propriétés non bâties. Un certain nombre de dispositions sont toutefois communes.

915- Tout d'abord la taxe est établie au nom de celui qui est propriétaire au premier janvier de l'année d'imposition. Les sociétés immobilières visées à l'article 1655 *ter* du Code général des impôts connaissent un traitement particulier, puisqu'il est totalement fait

²⁸² C'est-à-dire le revenu potentiel du bien

abstraction de leur personnalité morale. La taxe foncière ne leur est pas adressée. Elle est établie au nom de chaque associé pour la part qui lui revient.

Il existe certes des propriétés exonérées de manière permanente ou temporaire²⁸³ et bénéficiant de dégrèvements, mais l'opportunité de bénéficier de ces mesures de faveur est totalement indépendante de la forme juridique de détention de l'immeuble.

Toute recherche d'optimisation fiscale par la technique de la S.C.I. est donc vouée à l'échec.

B - L'impuissance de la technique sociétaire face aux taxes d'interventionnisme fiscal

916- Certaines taxes naissent de la volonté du législateur d'éviter des types de comportements patrimoniaux, contraires à l'intérêt général. L'impôt a ainsi vocation à inciter à une gestion différente du patrimoine. Bien que récente, la taxe sur les logements vacants est suffisamment armée contre les moyens d'évasion fiscale (A).

Certains comportements de gestion fiscale du patrimoine sont condamnés, car ils visent à éluder l'impôt. Des taxes tentent alors de les dissuader et minorent ainsi tout intérêt de la technique sociétaire en terme d'optimisation fiscale. C'est le cas de la taxe des articles 990-D à 990-H du C.G.I. (B).

1 - La taxe annuelle sur les logements vacants

917- Cette taxe a été instituée par la loi relative à la lutte contre les exclusions²⁸⁴. Traduite par l'article 232 du Code général des impôts, elle est due à compter du 1^{er} janvier 1999. Elle affecte les logements vacants depuis au moins deux ans dans les zones de plus de 200.000 habitants. Elle est assise sur la valeur locative du logement telle qu'elle est déterminée pour la taxe d'habitation. Son taux est de 10 % la première année, 12,5 % la deuxième année et 15 % les troisième année et suivantes.

²⁸³ GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.) *Op. cit.*, n° 484, p. 447 pour les propriétés bâties et n° 485, p. 449 pour les propriétés non bâties - *Adde* concernant l'investissement forestier : V. le numéro spécial *Forêt privée* de la revue *Notaires, vie pratique* juillet-août 2003, p. 31 et s.

²⁸⁴ www.legifrance.gouv.fr

Il s'agit d'une mesure incitative à la location, voire à la vente, dans les zones où l'offre est inférieure à la demande. Cette fois, l'incitation ne prend pas la forme d'un cadeau fiscal, mais d'une punition fiscale.

918- Le fait générateur est la détention d'un bien. Il y a donc bien empiètement sur la consistance du patrimoine, puisqu'en contrepartie de la taxe, il n'existe aucune rentrée de revenus. Il s'agit d'un véritable impôt, en ce sens qu'il n'y a pas, à proprement parler, d'échange de services²⁸⁵. De même il ne s'agit pas d'une taxe parafiscale dans la mesure où son produit n'est pas affecté à un objet économique et social particulier, alors même que son fondement a cet objet. Cette taxe ne peut donc se justifier que par son objectif honorable de faire baisser le coût des locations et ventes dans les zones de forte demande en même temps que mettre davantage de logements sur le marché immobilier. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs émis des réserves sur sa validité²⁸⁶. Il a relevé la différence de traitement fiscal instaurée entre les personnes assujetties à la taxe. Il convient donc de veiller à ce que les logements taxés soient habitables, vacants, et à ce que cette vacance soit due à la seule volonté du détenteur. En cas d'irrespect de ces trois conditions, la taxation serait non conforme à l'objectif de punition fiscale poursuivi.

919- La forme sociale ne permet pas d'échapper à la taxe. En effet, si l'immeuble est détenu par une société civile immobilière, les règles de transparence fiscale conduisent l'administration à taxer le patrimoine de ses associés. Quant aux sociétés soumises à I.S., elles n'en ont pas moins la qualité de propriétaire et sont, à ce titre, également contribuables. L'optimisation fiscale est donc nulle, car la taxe ne constitue pas une charge déductible du résultat imposable.

2 - La taxe des articles 990-I) à 990-II) du C.G.I.

920- Cette taxe porte sur la valeur vénale des immeubles possédés en France. Elle a pour objectif d'éviter qu'échappent à l'imposition du patrimoine, des personnes, qui, sous couvert de personnes morales fictives ayant leur siège social dans des paradis fiscaux, détiennent des

²⁸⁵ Comme ce que l'on peut voir dans la redevance audiovisuelle qui est une contrepartie du financement des chaînes de télévision publiques. Dans ce cas là, le fait générateur est la détention d'un poste de télévision, mais la redevance correspond au prix d'un service

²⁸⁶ Décision du 29 juillet 1998 (D.C. n° 98-403)

immeubles en France. Il s'agit donc de débusquer des résidents français qui occupent un immeuble en France ou en perçoivent les loyers en échappant personnellement aux impositions françaises. En effet, par le détour d'une personne morale située dans un paradis fiscal, ils peuvent éviter la taxe foncière, l'I.S.F. et l'impôt sur les revenus fonciers.

921- Cette taxe est perçue chaque année au taux de 3 %. Elle ambitionne d'absorber l'essentiel du revenu potentiel de l'immeuble. La jurisprudence a limité son champ d'application. Une société y échappe si son activité en France n'est pas à prépondérance immobilière ou si elle a un siège dans un Etat lié à la France par une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale et si elle révèle l'identité de ses associés. N'étant pas déductible de l'I.S. ou de l'I.R.P.P., elle est particulièrement dissuasive.

922- Les praticiens avaient imaginé un montage alliant technique sociétaire et règles de territorialité. Toute optimisation fiscale est déjouée par ces dispositions. La limite absolue de l'utilisation de la société est atteinte : cette taxe est fondée sur l'existence du montage. Elle se rapproche donc de l'*exit tax*, qui tente de limiter la technique la plus radicale d'optimisation fiscale : l'exil. Cette taxe oblige le contribuable sur le départ à acquitter immédiatement l'impôt sur les plus-values latentes de ses participations les plus importantes²⁸⁷.

²⁸⁷ V. art. 167 bis C.G.I. *Adde* : FERNOUX (P.) Les actualités fiscale et jurisprudentielle. J.C.P. éd. N., p 1104, et en particulier p. 1105 s'agissant de l'art. 24 de la loi de finances pour 1999. La seule manière d'éviter cette imposition serait de transmettre ces titres à titre gratuit avant le changement de domicile fiscal.

Conclusion de chapitre

923- La société parvient, dans une mesure relative, à optimiser la gestion fiscale des valeurs du patrimoine.

Les impôts perçus à l'occasion des fluctuations du patrimoine sont susceptibles de minoration. Les plus-values, d'abord, connaissent un régime d'imposition intéressant comparativement à celui des revenus. Les valeurs sociétaires, en particulier, bénéficient d'une certaine clémence fiscale. Les montages sociétaires consistent donc à substituer des plus-values aux revenus classiques. Sous cette forme, l'enrichissement est moins taxé.

Les droits de mutation, ensuite, sont diminués, grâce à la structuration opérée par la société. La possibilité de fractionnement du patrimoine, par exemple, est favorable à l'organisation fiscale de la transmission. Encore faut-il que le coût de la mise en société n'excède pas l'économie réalisée.

924- La société se révèle en revanche d'une faible opportunité face aux impôts affectant la consistance du patrimoine. En matière d'I.S.F., le législateur a veillé à la neutralité et déjoué les montages visant à éluder l'impôt. La transparence fiscale est de règle en la matière, si bien que les techniques d'optimisation fiscale doivent se trouver en dehors du domaine sociétaire. Quant aux autres taxes de la propriété, elles ne laissent aucune place à l'ingénierie sociétaire. Certaines visent même directement, à titre de sanction, l'utilisation abusive du droit des sociétés.

Les économies fiscales réalisées tiennent donc particulièrement au domaine de prédilection des sociétés : le monde des entreprises et des marchés financiers. Le législateur fiscal recherche des dispositions incitatives à la création d'entreprises, ainsi qu'à l'investissement des capitaux à long terme pour consolider les fonds propres des sociétés existantes. La technique sociétaire, cible ou structure du patrimoine, bénéficie donc directement de ces aménagements. L'optimisation fiscale conduit donc à arbitrer des choix d'organisation externe et interne du patrimoine.

Conclusion du titre 2

925- La société optimise fiscalement le patrimoine de manière variable. Elle puise son efficacité dans la structuration des biens qu'elle réalise²⁸⁸, à la condition que le principe de transparence fiscale ne soit pas appliqué²⁸⁹. Elle est également intéressante au regard de l'imposition réservée aux valeurs sociétaires²⁹⁰. Ainsi, la structuration macro et micro juridique entraîne une valorisation du patrimoine, grâce à l'économie fiscale réalisée ou la paix fiscale gagnée.

926- La technique sociétaire s'avère toutefois inefficace lorsque la fiscalité fait preuve de réalisme. Le droit fiscal rejette certaines abstractions juridiques²⁹¹ et s'attache aux faits²⁹². Le choix d'une qualification n'a pas toujours d'incidences fiscales²⁹³. L'intérêt de la personnalité morale est donc réduit à néant. Ces mesures se justifient par la nécessité d'éviter les fraudes dans l'intérêt général. C'est au prix de la cohérence de l'ensemble des règles juridiques. Un des points d'ancrage de l'idéologie antifiscale²⁹⁴ est ainsi de dénoncer la légalité arbitraire du droit fiscal menaçant le droit commun²⁹⁵.

Certes, le souci de réalisme de la loi fiscale la démarque des règles de droit civil pour gagner une certaine autonomie²⁹⁶, ou, au moins, édicter des règles particulières. Il convient

²⁸⁸ Il n'est pas possible d'affirmer, d'une manière globale, que le choix d'une forme juridique d'exploitation sera plus judicieux que celui d'une autre, car tout doit être étudié au cas par cas. V. en ce sens, MERCIER (J.-Y.) et PLAGNET (B.) *Op. cit.*, n° 1240 et s. Les montages sociétaires sont parfois d'une efficacité aléatoire comparativement à leur complexité.

²⁸⁹ L'influence réelle de l'incitation fiscale étant discutable, l'ambition plus modeste de l'impôt est parfois d'être neutre. Sa vertu est alors de ne pas peser sur les choix des opérateurs.

²⁹⁰ La société est une cible d'investissement privilégiée par les politiques fiscales. Le souci de ne pas décourager l'investisseur, notamment étranger, laisse peu de marges de manœuvres quant à l'imposition des valeurs boursières. C'est donc en tant qu'instrument d'une politique économique, que la fiscalité pose des règles favorables aux titulaires de valeurs.

²⁹¹ Il est vrai que la société est une fiction juridique.

²⁹² Le droit fiscal préfère, par exemple, se référer à la notion d'entreprise. L'argument est dérangeant, car cela revient à dire que la reconnaissance de l'existence de personnes morales ne s'est pas appuyée sur des faits ! C'est pourtant la théorie de la réalité qui a justifié la personnalité morale ...

²⁹³ V. DEBOISSY (F.) et WICKER (G.) *Art. préc.*, n° 30 et s. p. 243 et s.

²⁹⁴ On rencontre des réactions analogues à l'égard du droit administratif. V. sur ce point : BIENVENU (J.-J.) et LAMBERT (Th.) *Droit fiscal. Op. cit.*, n° 4.

²⁹⁵ V. sur ce point les réflexions de Gény citées par BIENVENU (J.-J.) et LAMBERT (Th.) *Ibid.*

²⁹⁶ Ce concept d'autonomie du droit fiscal est né grâce au Doyen Trotabas. Il est aujourd'hui considéré comme trop fort, et la plupart des auteurs préfèrent parler de « particularisme ». V. MERCIER (J.-Y.) et PLAGNET (B.) *Op. cit.*, n° 61.- Le particularisme du droit fiscal a été pressenti assez tôt dans la première partie du XX^e siècle. V. notamment : GENY (F.) Le particularisme du droit fiscal. R.T.D. civ. 1931, p. 797 et s.

toutefois de nuancer l'ampleur de l'autonomie du droit fiscal²⁹⁷. Elle tend à se réduire chaque jour. Le juge fiscal lui-même a tendance à réduire les dissymétries adoptées en faveur des finances publiques pour retrouver un certain équilibre. Il prend en compte les situations juridiques créées, afin de ne pas perturber le cycle économique. Enfin, il doit bien se conformer à des normes supranationales. Néanmoins, le droit des sociétés est parfois victime de la résistance de ce réalisme fiscal²⁹⁸, mais la neutralité peut également le servir, en le faisant bénéficier d'exonérations réservées aux personnes physiques, par exemple.

927- La stratégie fiscale peut donc user de la technique sociétaire. Cette habileté fiscale relève de la saine gestion du patrimoine. L'administration fiscale intègre, elle-même, cette propension²⁹⁹ à éviter l'impôt³⁰⁰. Elle offre des options fiscales³⁰¹. Les espaces laissés à l'optimisation fiscale relèvent du libéralisme³⁰² et de l'interventionnisme fiscal³⁰³. Cette association surprenante s'explique. En effet, la loi ouvre au contribuable des choix fiscaux³⁰⁴. Or, cette liberté est offerte en contrepartie d'intérêts généraux³⁰⁵. Une politique fiscale libérale est incitative, puisqu'elle oriente les contribuables vers les taux les plus bas. Un partenariat tacite s'instaure ainsi entre le contribuable et l'administration fiscale. L'interventionnisme fiscal peut accompagner le capitalisme patrimonial³⁰⁶. Loin de relever du dirigisme, il ouvre

²⁹⁷ V. COZIAN (M.) Propos désobligeants sur une « tarte à la crème » : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal. In *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*. Litec, 1996, p. 3 et s. - En ce sens également : GOULARD (G.) Que reste-t-il de l'autonomie du droit fiscal ? R.J.F. 1995, n° 5, p. 322. Les propos ne portent que sur trois cas de jurisprudence étrangers au droit des sociétés, mais ils traduisent cette évolution. L'amointrissement de l'autonomie du droit fiscal est inéluctable, même si l'alignement ne sera jamais total. Cela est plutôt favorable à la sécurité juridique.- V. encore : GOUYET (R.) Chronique d'une polémique annoncée : l'autonomie du droit fiscal. Petites affiches 2000, n° 118, p. 4 et s.- LE GAILL (J.-P.) L'autonomie du droit fiscal. In *Clés pour le siècle*. Université Panthéon-Assas/Paris II, Dalloz, 2000, p. 556 et s.- V. enfin : quelques réflexions sur le recours aux règles du droit civil pour suppléer les lacunes du droit fiscal : LACHAIZE (H.) Le fiscaliste est d'abord un civiliste. Nouvelles fiscales 2002, n° 77, p. 81 et s.

²⁹⁸ Des décisions récentes dans d'autres pans du droit fiscal traduisent également les limites à l'atténuation de l'autonomie du droit fiscal. V. sur ce point : OLLEON (L.) Autonomie du droit fiscal : le moribond se porte bien. R.J.F. 2002, n° 5, p. 355.

²⁹⁹ Car il s'agit bien d'une *tendance naturelle* à protéger son patrimoine.

³⁰⁰ Elle ne se contente pas de traquer l'acte anormal de gestion, l'abus de droit et les paradis fiscaux.

³⁰¹ AGOSTINI (A.) *Les options fiscales*. L.G.D.J., 1983.

³⁰² C'est-à-dire un choix pour le contribuable entre différentes options, dont les plus économiques fiscalement servent les objectifs politiques recherchés. L'imposition des sociétés illustre particulièrement bien l'affirmation.

³⁰³ ORSONI (G.) *L'interventionnisme fiscal*. *Op. cit.* L'interventionnisme fiscal conduit à attribuer à l'impôt une fonction de régulation conjoncturelle.

³⁰⁴ Elle offre ainsi des possibilités de défiscaliser. En matière immobilière, par exemple, les lois Méhaignerie, Périssol, Besson, etc. proposent des solutions de défiscalisation.

³⁰⁵ Pour reprendre l'exemple de l'immobilier, il s'agit en l'espèce d'augmenter le parc des logements locatifs, et donc de faire baisser le prix des loyers, donner de l'activité aux entreprises du bâtiment, etc.

³⁰⁶ Au contraire de l'option fiscale qui consiste à taxer l'enrichissement procuré par ce capitalisme patrimonial. Cette option de taxation est un abord négatif tendant vers la régression. Elle n'incite pas au progrès et au dynamisme. Elle freine le développement économique.

des options aux contribuables et intègre un paramètre libéral dans l'impôt. Dans cet optique, la fiscalité n'est plus un facteur de diminution du patrimoine.

928- L'imposition du patrimoine est perçue comme très lourde, car elle constitue une fiscalité directe³⁰⁷. Il se crée un décalage entre les volumes fiscaux prélevés et le sentiment populaire. Certaines études l'ont corroboré : ce sont les titulaires des patrimoines les plus modestes qui sont les plus « frappés par les crises économiques et financières, les plus maltraités par les grands collecteurs d'épargne et les plus méprisés par les pouvoirs publics »³⁰⁸. C'est en réalité la perception de l'égalité devant l'impôt qui est en question. Cette notion n'est plus assez clairement définie³⁰⁹. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen n'est guère réaliste en ce sens qu'elle suppose une égalité devant les impôts, c'est-à-dire une égalité de sacrifice de tous les citoyens, à participer en fonction de leur faculté contributive aux dépenses publiques³¹⁰. Cette égalité est incontrôlable, car elle suppose une conception précise de la justice fiscale qui est d'essence politique. Le Conseil d'Etat lui-même y a renoncé³¹¹. Il apprécie l'égalité eu égard à chaque imposition prise isolément, ou au mieux eu égard à un groupe d'impôts ayant la même finalité. Il s'agit d'une égalité devant l'impôt et non devant les impôts. L'égalité formelle et objective est impossible à trouver. Il faut donc se tourner vers une notion plus subjective. L'égalité sera atteinte quand le poids de l'impôt semblera adapté à la situation spécifique du contribuable. En ce sens, le législateur fiscal a réussi à respecter une égalité fiscale des sociétés³¹². Les textes et la pratique administrative permettent aux sociétés de s'adapter à diverses circonstances. De même, les conventions internationales et le droit communautaire bâtissent les fondations d'une égalité

³⁰⁷ Le sentiment de « pression fiscale » s'explique difficilement compte tenu du contrôle que le citoyen peut exercer sur l'emploi qu'il est fait de la collecte fiscale (Art. 14 de la déclaration du 26 août 1789 : « Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée. »). Force est de constater que le contribuable oublie souvent que l'impôt est une contribution. C'est d'ailleurs le terme qui était employé sous la Révolution. La fusion de l'administration fiscale ne date que des années soixante-dix. Jusque là, on parlait encore « des contributions ». Ce terme obsolète est d'ailleurs encore employé par nos grands-parents. L'État collecte dans son panier afin d'assurer les dépenses publiques (*Fiscus* étant le panier que les Romains employaient pour recevoir de l'argent). Il doit disposer des sommes nécessaires à l'accomplissement de ses missions.

³⁰⁸ DEPONDT (A.) *Les techniques de gestion du patrimoine*. Maxima, 1998, p. 15. Le conseil patrimonial intéresse donc petits et moyens patrimoines autant que gros patrimoines, car ils sont les plus mal gérés et les plus négligés.

³⁰⁹ La pédagogie de l'impôt auprès du contribuable passe par l'adoption d'un consensus sur la définition de l'égalité.

³¹⁰ *L'impôt*. Archives de philosophie du droit, 2002, Tome 46.

³¹¹ BRARD (Y.) *Egalité devant l'impôt et égalité devant les impôts. A propos de l'arrêt du conseil d'Etat du 19 novembre 1997*. D. 1998, chron., p. 117.

³¹² SCHMIDT (J.) *L'égalité fiscale appliquée aux sociétés*. Rev. sociétés 1989, p. 429 et s.

des sociétés françaises et étrangères. Les atteintes à l'égalité résident dans l'existence de paradis fiscaux, ou dans des régimes de faveurs mal analysés³¹³.

Il reste à bâtir une telle égalité en ce qui concerne les contribuables personnes physiques non seulement quant à leurs revenus d'activité mais également quant à leur patrimoine.

929- Les perspectives d'évolution de notre fiscalité sont entravées par l'équation complexe entre maintien de nos protections sociales spécifiques et souhait consensuel d'abaissement des niveaux de prélèvement. S'ajoute également la nécessité d'opérer une réforme fiscale en profondeur face à la complexité et la rigidité du système actuel. La prudence s'impose, car à l'évidence, les dépenses publiques ne disposent que d'une faible compressibilité. La volonté politique se heurte donc à des exigences internes du système fiscal³¹⁴, ainsi qu'à des obstacles économiques et sociaux³¹⁵. Il faut enfin composer avec la mondialisation qui harmonise les systèmes fiscaux³¹⁶.

La réforme repose sur une *amélioration qualitative* du système fiscal français³¹⁷. Elle est nécessaire pour la sécurité juridique et l'égalité des contribuables³¹⁸. La réflexion est difficile à mener. En effet, elle conduirait, par exemple, à la suppression des impôts à faible rendement, si bien que l'imposition du patrimoine s'en trouverait allégée³¹⁹. La communication politique serait difficile en raison des paramètres de « justice sociale » et des fonctions de redistribution³²⁰ de l'impôt³²¹. La question des modalités de paiement de l'impôt pourrait également se poser. L'I.R.P.P. pourrait être retenu directement à la source.

³¹³ C'était par exemple le cas de l'ancien régime fiscal applicable aux SICOMI.

³¹⁴ Actuellement, le souci de la D.G.I. est de maintenir un équilibre entre les trois impôts majeurs et conserver leur rendement. Le financement des collectivités locales pose également des difficultés.

³¹⁵ Comme, par exemple, éviter les effets pervers ou les aléas de l'impôt, trouver un consensus social. BRACHET (B.) *Volonté politique et rigidité fiscale*. In *Etudes de finances publiques. Mélanges en l'honneur de Monsieur le professeur P.M. Gaudemet*. Economica, 1984, p. 617 et s.

³¹⁶ HECKLY (C.) *La politique fiscale dans les pays industrialisés*. Dunod, 1999.- Et particulièrement sur l'harmonisation de la fiscalité des pays de l'Union européenne : ASSIMACOPOULOU (E.) *L'harmonisation de la fiscalité de l'épargne dans les pays de la communauté*. L.G.D.J., 2000.

³¹⁷ Le seul objectif quantitatif ne saurait suffire. Il pourrait être satisfait par la réforme qualitative des impôts.

³¹⁸ V. le colloque du C.S.N. du 13 mai 2003 : *Réformer la fiscalité du patrimoine*. *Revue Notaires, vie professionnelle*. Juillet-août 2003, n° 240, p. 11 et s.

³¹⁹ V. les arguments toniques de la proposition du Professeur Dérupe de supprimer tous les droits de mutation, voire l'impôt sur le revenu et d'instaurer un impôt comparable à la T.V.A. sur l'épargne. DERRUPPE (J.) *Propos impertinents pour une révolution fiscale*. In *Mélanges Gavalda*. *Op. cit.* p. 101 et s.

³²⁰ L'image contemporaine de l'impôt est d'assurer, de surcroît, une justice sociale en recouvrant une fonction de redistribution. Une citation de Balzac est à cet égard explicite : « diminuer la lourdeur de l'impôt (...) c'est mieux le répartir. »

³²¹ Pourtant, cette diminution très faible des rentrées de l'Etat n'entraverait pas son action. Il s'agirait d'un compromis permettant de séduire les acteurs démultiplicateurs de richesse, tout en ne pénalisant pas les autres groupes sociaux, attachés aux services de l'Etat. L'imposition des seuls hauts revenus ne pourrait jamais conduire qu'au nivellement vers le bas des situations.

Les perspectives de progrès résident dans une refonte ambitieuse du système fiscal. L'Etat peut s'octroyer un rôle grâce à sa politique fiscale³²². Toutefois, la recherche de la performance du système fiscal doit être conduite en intégrant les contraintes communautaires³²³. Les deux axes doivent donc être l'efficacité et la simplicité³²⁴. En résumé, « il faut demander plus à l'impôt et moins au contribuable ! »³²⁵

³²² Le libéralisme fiscal est une voie d'encouragement économique. Quelle que soit la majorité politique, l'impôt est utilisé pour relancer l'activité économique, pour stimuler les investissements. L'incitation fiscale sert l'intérêt général, grâce aux cadeaux fiscaux. Elle impose, toutefois, de rester modeste quant au rôle des politiques fiscales incitatives. Le libéralisme fiscal ne peut pas (et ne devrait pas) avoir un rôle régulateur ! Les règles fiscales ne peuvent avoir pour but de canaliser la liberté contractuelle, par exemple. V. *contra* : CHABANNE (J.-Y.) *La liberté contractuelle et le droit fiscal*. Thèse Toulouse, 1999. L'auteur a l'ambition de faire des « redevables de l'impôt, des contractants civiques, entrepreneurs et partageux » (n° 229, p. 150). V. le commentaire de cette thèse à la R.T.D. civ. 2000, p. 967.

³²³ V. GUILLAUME (H.) *Introduction de la gestion de la performance : huit exemples étrangers*. R.F. fin. pub. 2001, n° 73, p. 129.

³²⁴ La double prédiction de Gabriel Ardant se confirme : « Il y aura toujours des impôts » et « ce sera un système scientifique », v. ARDANT (G.) *Histoire de l'impôt*. Livre II. FAVARD, 1972, p. 716 et s. L'auteur ajoute que l'impôt devra contribuer à la croissance et tendra vers la neutralité entre les différents pays. Il souligne également que tout cela ne se fera qu'avec le soutien de l'opinion publique... ce qui suppose l'intervention des meilleurs psychologues et psychosociologues !

³²⁵ DERRUPPE (J.) *Propos impertinents pour une révolution fiscale*. In *Mélanges Gavalda*. Op. cit. p. 101 et s.

Conclusion de la seconde partie

930 – La technique sociétaire valorise le patrimoine. Elle concourt à son développement de deux manières.

Elle dope d'abord sa croissance, principalement grâce aux valeurs sociétaires. Elles sont les outils de l'enrichissement du patrimoine. Elles donnent une patrimonialité à la force de travail et permettent ainsi de se constituer un patrimoine *ex nihilo*. Elles deviennent ensuite des composantes du patrimoine très fructifères. Qu'elles soient des valeurs de sociétés entrepreneuriales ou patrimoniales, elles présentent des aptitudes à l'enrichissement du patrimoine existant.

La technique sociétaire permet ensuite d'influer sur le traitement fiscal du patrimoine. L'impôt n'est pas aussi impératif qu'il n'y paraît. Il ouvre des options, des choix au contribuable qui lui permettent, notamment par le jeu de la société, d'obtenir une certaine quiétude quant aux revenus du patrimoine. En outre, la technique sociétaire ménage de véritables économies aux valeurs du patrimoine, notamment parce qu'elle est le mode privilégié d'organisation du monde des affaires (entreprise et marchés financiers).

CONCLUSION

931- La société est une technique d'organisation du patrimoine. L'organisation sociétaire le structure et le valorise.

La société structure le patrimoine.

Elle met en place un aménagement externe. Elle permet de protéger certaines entités du patrimoine des recours des créanciers. La protection procède de l'isolement concrétisé par l'apport en société. L'écran de la personnalité morale est l'outil, plus ou moins efficace, de cette stratégie de défense. Cette qualité très vulgarisée de la société est néanmoins limitée par les impératifs de licéité des constructions juridiques et de responsabilité de leurs membres. Il est permis toutefois de penser que le recours à la société constitue pour l'entrepreneur une technique d'organisation de son patrimoine, avant de devenir, une fois l'affectation réalisée, une technique d'organisation de l'entreprise.

Au niveau interne du patrimoine, la structuration organise un nouveau mode de détention. En substituant au droit réel ou à la propriété un pouvoir, la société assouplit le mode d'administration du patrimoine. Ce pouvoir se transmet plus aisément, même si son évaluation est alors plus délicate. Ce sont les valeurs sociétaires qui incarnent les outils de cette nouvelle structuration du patrimoine. Elles possèdent deux dons essentiels : elles confèrent un pouvoir à leur titulaire et lui procurent une nouvelle richesse. Ces vertus expliquent à elles seules l'existence du capitalisme patrimonial. Ce dernier suggère une reconquête du pouvoir niché dans les parts et actions, à des fins toutefois limitées. La valorisation des titres est seule recherchée.

En effet, la société valorise le patrimoine.

Elle en est un facteur de croissance. La technique sociétaire permet la patrimonialisation de la force de travail. Les valeurs sociétaires sont aptes à représenter dans le patrimoine des qualités jusqu'alors exclues, telles que la compétence, le savoir-faire, l'efficacité professionnelle, etc. Incarnant dès leur émission une valeur, les parts sociales ou actions permettent de se constituer du patrimoine *ex nihilo*. Ces mêmes valeurs sociétaires sont le passeport d'entrée pour un monde économique à forte potentialité de valorisation : le monde des marchés financiers. En remplaçant certains éléments patrimoniaux, elles permettent de faire davantage fructifier le patrimoine. Les sources de l'enrichissement sont les sociétés tant entrepreneuriales que patrimoniales.

La société permet encore d'optimiser les prélèvements fiscaux sur le patrimoine. Elle lui ménage ainsi une marge de valorisation plus importante. Elle assure d'abord la paix fiscale aux revenus du patrimoine. Elle permet encore de réaliser de véritables économies fiscales quant à la taxation affectant les valeurs du patrimoine. En tant que structure ou cible du patrimoine, la société, au-delà du souci de neutralité fiscale innervant les textes, bénéficie de faveurs liées avant tout au monde dans lequel elle évolue et qui ne supporte aucune entrave : l'univers des activités économiques.

932- La société organise le patrimoine. Elle le structure et le valorise. Ce faisant, elle agit véritablement comme un instrument. Sa fonctionnalité est démontrée : elle touche tous les domaines et présente finalement une grande unité¹. Il s'agit bien d'une technique remarquable de flexibilité : elle est *utile*. Face à ces pratiques, le juriste doit être un « hygiéniste » et non un « thérapeute »². Le droit est une technique d'organisation des relations sociales³.

Or, il apparaît que cet emploi de la société a un effet pervers, notamment lorsqu'elle structure en même temps d'autres entités comme l'entreprise ou le partenariat. En particulier, l'activité économique est entravée lorsque la finalité principale de la société devient patrimoniale. La société perd alors son intérêt pour les deux objectifs recherchés, puisque le tassement de l'activité freine l'enrichissement patrimonial. Il convient donc de hiérarchiser les priorités. En réalité, les sociétés entrepreneuriales ne doivent pas être des lieux d'épargne spéculative mais d'investissement durable. La loi peut inciter, notamment par le biais de la fiscalité, à une telle attitude en ménageant l'imposition des investissements à long terme⁴. La société doit rester plus qu'une technique et affirmer sa personnalité juridique au service de son activité, de son propre patrimoine et de ses différents acteurs. Ainsi, sociétés patrimoniales et sociétés entrepreneuriales peuvent jouer pleinement leurs rôles respectifs.

De tous ces constats, naît donc la conviction que la société ne doit pas être qu'un outil, il lui faut « un supplément d'âme »⁵.

¹ En effet, l'unité s'illustre notamment par la contamination du droit des petites sociétés par le droit des sociétés par actions : la notion de valeur s'y intègre (v. notamment l'évolution de la S.A.R.L.). Un modèle unique peut servir aux plus grands groupes comme aux petites structures, à l'image de la S.A.S. Les sociétés accusent également toutes une disparition progressive de l'*intuitus personae* au profit de l'*intuitus patrimonii*.

² MOUSSERON (J.-M.) *Technique contractuelle*. Ed. F. Lefebvre, 1999, n° 7. L'auteur souligne ainsi que la technique (ce qui peut se faire), se distingue des pratiques ou des usages.

³ *Ibidem*.

⁴ Et en décourageant la spéculation. Elle peut également inciter à recourir à la gestion « intermédiée » d'une société patrimoniale.

⁵ BOULOC (B.) Faut-il réformer le droit des sociétés. R.J. com. 1998, p. 209.

933- La technique ne peut à l'évidence s'émanciper des associés, car de sa réussite dépend leur satisfaction et notamment l'évolution de leur situation patrimoniale personnelle⁶. Il est donc logique qu'ils jouent un rôle plus ou moins actif dans l'obtention des résultats de la société par le biais des organes sociaux. Toutefois, il se dessine alors en filigrane des conflits⁷ qui animent aujourd'hui toute société⁸ ; entre associés et dirigeants⁹, entre salariés, associés et société¹⁰, entre Etat et société¹¹. Ces conflits ne peuvent pas se résoudre par des relations directes avec les associés. On se heurte aux limites de la raison et des pouvoirs de l'homme agissant individuellement. La société en tant qu'institution, personne morale, doit pouvoir jouer son rôle. Le droit des sociétés offre là une aptitude rapide de réaction puisqu'il suffit de réanimer la nature hybride de la société, en recherchant un juste équilibre entre les caractères institutionnel et contractuel¹².

Le réveil de la personnalité morale est de la seule initiative du législateur. La liberté contractuelle ne peut rien à cet égard¹³. Ce sont les dispositions du droit des sociétés qui peuvent faire davantage référence au poids de l'institution dans certaines circonstances. Par exemple, le problème de la sincérité des comptes n'est pas qu'un problème interne à la société. Il a un impact sur les marchés financiers et plus largement sur l'économie. L'Etat, qui tente d'instaurer une politique économique, est en droit de demander des comptes à la société, personne morale.

En redonnant un rôle au législateur, il n'est pas nié la nécessité d'une liberté contractuelle pour que les associés puissent créer des sociétés répondant à leurs besoins. Il est seulement

⁶ V. *infra* seconde partie concernant la société, technique de valorisation du patrimoine.

⁷ Sur ce « nœud d'intérêts ». BERGERAC (M.) et BERNARD (A.) *Fantaisie à deux voix*, D. 2000, chron., p. 315 et s., en particulier p. 321.- V. encore DIDIER (P.) *Théorie économique et droit des sociétés*. In *Etudes à la mémoire d'Alain Sayag : droit et vie des affaires*. Litec, 1997, p. 227 et s. L'auteur fait allusion aux rapports associés-créanciers, associés entre eux, associés-dirigeants.

⁸ L'homme est victime de ses besoins antagonistes. Il réclame de la liberté et donc de la déréglementation, mais il attend de la sécurité qui impose au contraire de réglementer et d'encadrer. L'équilibre est difficile à trouver et le droit des sociétés de ces dix dernières années illustre parfaitement cette difficulté. Il est déchiré entre le souci de flexibilité et d'adaptation des techniques, et l'impératif besoin de sécurité démultiplié par l'*intuitus patrimonii* qui s'est infiltré dans la plupart des sociétés. La société est multifonctions.- Sur l'évolution du besoin de sécurité, v. notamment en matière d'assurance l'aggravation de ce besoin au XIX^e siècle et l'exigence du XX^e siècle LAMBERT-FAIVRE (Y.) *Droit des assurances*, Dalloz, 2001, n° 7 et s.

⁹ Le patrimoine des premiers dépendant des agissements des seconds. V. *supra* n° 285 et s.- *Adde* : RAYNAUD (B.) *La prévention des conflits d'intérêts dans les sociétés par actions*, J.C.P. éd. E. 2003, comm. 354, p. 4102 et s.

¹⁰ Les salariés refusent légitimement de faire les frais des enjeux liant associés et société. Ils revendiquent un partage des créations de valeur de la société. Se joignent à eux les autres acteurs de la vie économique qui entretiennent des relations avec les sociétés : les fournisseurs, les consommateurs, etc.

¹¹ L'Etat qui se porte garant d'une nouvelle sécurité, englobe l'économie dans son champ d'intervention. Il attend des sociétés une politique responsable tant au niveau économique qu'au niveau social, en agissant notamment au moment de licenciements économiques. Il incite également par voie fiscale.

¹² Puiser dans les ressources du droit les moyens de son évolution correspond à un cycle typique du droit. V. *supra* n° 9 et 10.

¹³ Sur le partage entre les deux tendances à la liberté ou la réglementation des sociétés, v. GUYON (Y.) *Liberté contractuelle et droit des sociétés*, R. J. Com. avril 2003, p. 147, n° 2 et s.

suggéré que la seule initiative privée ne suffit pas à préserver l'intérêt général¹⁴. Les récentes circonstances économiques l'ont prouvé.

934- Ainsi, il semble que le droit des sociétés nous livre un enseignement dépassant ses seules frontières¹⁵. Il propose en fait une clé de réflexion pour un nouveau système juridique.

Les faits, en particulier économiques, ont fourni les principes d'évolution du droit¹⁶. Ce sont précisément ces mêmes faits qui nous imposent de prendre en compte aujourd'hui le paramètre social.

En France, pourtant, il semble qu'une certaine mesure se soit insinuée dans le droit des sociétés : il a anticipé les faits.

Il se doit, certes, de coller à la réalité économique¹⁷ et il est impossible de nier le poids du réalisme juridique. La nouvelle économie l'a fait évoluer, notamment en l'obligeant à adapter contractuellement ses pratiques¹⁸. Les juristes contemporains se sont amplement inspirés du travail des comparatistes pour trouver des solutions à leurs problèmes¹⁹.

Toutefois, et c'est en cela que le droit des sociétés est sans doute précurseur, la pratique s'est également mise à l'utiliser à la suite d'une véritable initiative législative. En tant qu'instrument de constitution de patrimoine²⁰, la société est un outil révélant le *besoin de justice sociale*. A sa suite, le droit financier a recherché cette justice sociale²¹, par exemple, en cherchant les moyens de protéger l'épargnant. Il agit toutefois dans une situation d'urgence, alors que le droit des sociétés a véritablement anticipé, avec les outils de constitution de patrimoine, la recherche actuelle d'*Elites légitimes*²².

¹⁴ « L'éthique a son mot à dire même si la nature de la société est de faire de l'argent ». V. MESTRE (J.) *Éthique et droit des sociétés*. In *procédures collectives et droit des affaires. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*. Ed. Frison-Roche, 2000, p. 291 et s. en particulier p. 292.

¹⁵ Sans faire de la sociologie du droit, il est possible de considérer que la société est le reflet microscopique des réalités mondiales faites d'intérêts contrastés : la protection, le pouvoir, l'enrichissement.

¹⁶ V. *supra* n° 11.

¹⁷ Il s'agit d'ailleurs d'un droit de praticien. Les sociétés et surtout le droit des affaires ont toujours évolué sous l'impulsion de la pratique, l'intervention législative venant ensuite. Ils répondent donc particulièrement à des besoins. V. HILAIRE (J.) *Introduction historique au droit commercial*. *Op. cit.*, n° 4.

¹⁸ SCHILLER (S.) *L'influence de la nouvelle économie sur le droit des sociétés*. *Rev. sociétés* 2001, p. 47.- OPPETIT (B.) *Développement économique et développement juridique*. In *Etudes à la mémoire d'Alain SAYAG : droit et vie des affaires*. Litec, 1997, p. 71 et s.

¹⁹ L'apport des travaux sur le gouvernement d'entreprise illustre cette affirmation (SCHOLASTIQUE (E.) Thèse. préc.) Il est possible également de voir dans les recherches de Jean Paillusseau, une inspiration anglo-saxonne évidente.

²⁰ En effet, son utilisation comme technique de constitution de patrimoine n'est pas que l'œuvre de la liberté contractuelle, elle est initiée par une politique de participation salariale, bien loin, en 1970, des attentes de l'époque. Quand le droit se fait suggestif, il peut proposer des outils pour une société meilleure.

²¹ V. MELKEVIK (B.) *Op. cit.*, p. 68 et 69. John Stuart Mill cherche à relier le principe d'utilité au sentiment de justice, en introduisant deux standards autotéliques : l'intégrité individuelle et le bien-être social.

²² V. *supra* n° 676, note de bas de page 305. BAUER (M.). Art. préc.

935- L'exemple du droit des sociétés prouve qu'il est possible de tempérer le réalisme juridique et d'anticiper²³. Cela peut même apparaître nécessaire s'il est admis que le contractuel est insuffisant pour encadrer la réalité sociale²⁴. Le juriste ne saurait se désintéresser de la valeur des rapports sociétaux²⁵. Le droit est forcément porteur d'idéaux²⁶. L'anticipation de ces derniers requière alors de la créativité. Le déroulement des choses n'est plus subi : la volonté trouve également sa place dans l'œuvre législative.

936- En replaçant la volonté dans l'initiative législative, sont remis à l'ordre du jour, peut-être avec une certaine utopie, des idéaux. Le positivisme laisse de la place à l'idéalisme²⁷. L'utilitarisme perd son hégémonie²⁸ face à des choix politiques qui relèvent « d'opinions ou d'intérêts structurés selon l'ordre du symbolique, de l'idéologie ou de l'enracinement culturel. ²⁹» Le droit peut ainsi retrouver son rôle et sa fonction de régulateur social³⁰. Il construit un horizon normatif qui permet de combiner différents aspects d'une vie sociale³¹. L'individualisme juridique cède le pas devant les problèmes sociaux et les forces collectives³². La modestie reste de règle. « Un système juridique n'est pas porteur d'une vérité absolue. Il n'a de sens que dans un contexte économique et social »³³. Les historiens peuvent

²³ C'est un nouveau regard qui s'affranchit des revendications de libertés contractuelles de ces dix dernières années. Il n'est pas non plus opportuniste à la lumière des difficultés actuelles. Il repose sur une véritable idée de fond : infirmer la conviction que le phénomène juridique est bon dès lors qu'il exprime le vouloir-vivre de la société (forme de positivisme). Une transcendance est nécessaire, qu'elle chemine vers l'Etat ou « le ciel » (v. l'expression de CARBONNIER (J.) *Droit civil. Introduction au droit. Op. cit.*, n° 41).

²⁴ V. la pensée du Doyen Hauriou : « tout le statique social ne [peut] être enfermé dans le contractuel », cité par MARTY (G.) *La théorie de l'institution. In La pensée du doyen Hauriou et son influence.* A. Pédone, 1969, p. 29 et s. et spécialement p. 32.- *Adde* : HURSTEL (D.) et MOUGEL (J.) *La loi Sarbanes-Oxley doit-elle inspirer une réforme du gouvernement d'entreprise en France ?* Rev. sociétés 2003, p. 13 et s. les auteurs notent que cette « loi traduit le recul du système d'autorégulation qui prévalait jusqu'alors aux Etats-Unis ».

²⁵ V. ATIAS (C.) et LINOTTE (D.) *Le mythe de l'adaptation du droit au fait.* D. 1977, chron., p. 251 et s. Les auteurs dénonçaient très tôt les torts du réalisme juridique. « Le juriste ne peut être ni neutre, ni soumis : les trois démarches qui lui sont propres – sciences, politique et technique – ne peuvent être suivies dans l'inconscience ou l'aveuglement. »

²⁶ CARBONNIER (J.) *Droit civil. Introduction. Op. cit.*, p. 90 et s. à propos de la tendance idéaliste.

²⁷ V. OPPETIT (B.) *Philosophie du Droit.* Dalloz, 1999. *Adde* : les réflexions philosophiques de MARTIN (R.) *A partir d'un précis de philosophie du droit par Bruno Oppetit.* Dalloz n° 22 du 10 juin 1999, p. 1.

²⁸ Il n'est qu'un remède mais pas système de pensée.

²⁹ MELKEVIK (B.) *Art. préc. In fine.*

³⁰ L'idée n'est pas de censurer, de contester la légitimité de telle ou telle technique et de freiner la liberté contractuelle, elle est plutôt de lui suggérer un but qui prenne en considération divers intérêts.

³¹ L'idée ne s'éloigne pas non plus du pragmatisme des systèmes juridiques européens, en ce sens que l'effectivité de ces normes (BARANES (W.) et FRISON-ROCHE (M.A.) *Le souci d'effectivité du droit.* D. 1996, chron., p. 301 et s.), chargées d'idéaux, est déjà prouvée par le travail des juges. Ne voit-on pas certaines décisions s'ancrer dans le devoir de loyauté, par exemple, en droit des sociétés ou en droit social ?

³² C'est la recherche du compromis entre individualisme libéral et intérêt général. V. BERTREL (J.-P.) *Le débat sur la nature de la société.* In *Etudes à la mémoire d'Alain Sayag : droit et vie des affaires.* Litec, 1997, p. 131 et s., n° 17.

³³ Entretien avec M. Guy Canivet. *La justice des années 2000 devra s'adapter aux attentes de la société.* J.C.P.2000, p. 7. Si la citation qui titre ces lignes semble empreinte d'un esprit utilitariste, les propos du magistrat in fine de l'entretien sont sans équivoque sur la dimension et la fonction de la justice : « un magistrat doit s'abstraire des contingences pour atteindre l'universel. »

en ce sens donner des pistes de réflexion³⁴. A l'instar de l'inspiration que procurent les comparatistes, ils mettent en lumière les cycles du droit³⁵, lesquels pourraient dessiner des cercles de plus en plus étroits, conduisant à une réaction de plus en plus mesurée de la part des praticiens et du législateur face aux besoins.

937- Il semble donc qu'à l'aube du XXI^e siècle, le défi est de réussir à ajouter à l'équation droit et économie, un nouveau paramètre : le social³⁶. L'attente est mondiale. Il est question de justice sociale, mais aussi de développement durable³⁷. « Le droit est poreux et le fait fournit le principe »³⁸. Quelle technique juridique traduira ce nouvel objectif ? Gageons qu'il s'agira peut-être d'une nouvelle technique législative³⁹...

³⁴ HILAIRE (J) Histoire et droit des affaires entre utopie et réalisme. In *Etudes à la mémoire d'Alain SAYAG : droit et vie des affaires*. Litec, 1997, p. 61 et s.

³⁵ V. « la transmutation historique » d'Alain Sayag essai sur le besoin créateur du droit p. 72 et s ou encore sur la notion de révolution paradigmatique : FRISON-ROCHE (M.-A.) Droit économique, concentration capitaliste et marché. In *Mélanges Farjat préc.*, p. 397.

³⁶ A l'image de cette expérience insuffisamment valorisée du droit des sociétés : la politique de participation salariale. De Gaulle, visionnaire, a donc proposé avant l'heure de faire interagir ces trois paramètres. Il existe également dans le Code civil des techniques orientées vers la constitution sociale, en affinité avec la pensée des Lumières (un droit naturel fondé sur la raison). V. BURGE (A.) *Art. préc.*, p. 20.

³⁷ On entend également l'expression « alter mondialisation », etc. Sans porter aucun jugement de valeur sur ces mouvements, dont on ignore l'inspiration réelle, il est en revanche très intéressant de souligner leur accueil très favorable dans l'opinion publique. L'adhésion ne suit pas, mais les sentiments sont là. Ils traduisent une nouvelle aspiration (affranchie de tout message évangélique et qui en est pourtant si proche) : une société pour tous, une société meilleure. Cette idée progressera-t-elle à l'instar de l'utilitarisme ? Ce dernier s'est posé, un temps, comme « la Vérité pour atteindre le Bonheur », et a parfois servi de substitut religieux, sans transcendance (MELKEVIK (B.), *art. préc.*)- V. encore les XX^e Université du Notariat (8 septembre 2003), la deuxième table ronde : « Osez le bonheur... dans l'entreprise, et pourquoi pas dans une économie sociale et solidaire ! » animée par Jean-Paul BABUT et Guy HASCOET.

³⁸ FRISON-ROCHE (M.-A.) Droit économique, concentration capitaliste et marché. *Art. préc.* - En droit des affaires, contre toute attente, c'est peut-être la notion d'entreprise qui aidera à préciser les repères nécessaires à l'intégration de ces valeurs... En effet, cette dernière intègre des intérêts catégoriels. V. PAILLUSSEAU (J.) Entreprise, société, actionnaires, salariés, Quels rapports ? *Art. préc.*

³⁹ Par opposition à une technique contractuelle. L'anticipation normative, et non plus le réalisme juridique, permettra de traduire le social dans le droit. Il ne s'agit pas de céder à une tendance législative inflationniste et au sentiment populaire que seule la loi peut régler tous les problèmes sociaux. Il s'agit de suggérer qu'une loi bien faite (usant d'une technique législative nouvelle) peut concilier les intérêts sociaux et économiques. Cette technique législative doit se garder d'être trop rigide. En posant des énoncés généraux, elle laissera la flexibilité nécessaire au progrès et à l'adaptation du droit au fait. Elle ouvrira des options aux citoyens. Elle abandonnera également au juge un pouvoir modérateur essentiel. V. notamment en ce sens : LASSERRE-KIESOW (V.) *La technique législative. Etude sur les Codes civils français et allemands*. L.G.D.J., 2002, p. 345 et s.

REMERCIEMENTS

Je suis très reconnaissante à Madame le Professeur Scholastique d'avoir proposé ce sujet et assuré la direction de ces travaux.

Outre les professeurs et amis qui m'ont conseillée et encouragée, à l'Université de Rennes I et à l'Université de Bretagne-Sud, je tiens particulièrement à remercier :

Benoît Pichevin, mon mari,

Gisèle et Raymond Labelle, mes parents, et Noël Labelle, mon frère,

Hervé et Martine Pichevin, mes beaux-parents,

Hélène Rarog, Brigitte Lotti et Franck Léonard.

Par leurs contributions diverses, ils m'ont aidée à conclure ces travaux de recherche.

BIBLIOGRAPHIE

DES PRINCIPAUX OUVRAGES, ARTICLES ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE CITES DANS LE TEXTE

I.- OUVRAGES GENERAUX, TRAITES ET MANUELS

ALFANDARI (E.) *Droit des affaires*. Litec, 1993.

ATIAS (Ch.) *Droit civil, les biens*. Litec, 2002.

ATIAS (Ch.) *Philosophie du droit*. PUF, 1999.

AUBERT (J.-L.) *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*. Armand Colin, 2002.

AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.) *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*. T. VI, par ESMEIN (P.-E.), Librairies techniques, 1951.

BENABENT (A.) *Droit civil. Les obligations*. Montchrestien, 1997.

BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.), CIMAMONTI (S.) *Traité de droit civil. Les biens*. L.G.D.J., 2000.

BIENVENU (J.-J.) et LAMBERT (Th.) *Droit fiscal*. PUF, 2003.

BONNEAU (Th.) et DRUMMOND (Fr.) *Droit des marchés financiers*. Economica, 2001.

BRACHET (B.) *Le système fiscal français*. L.G.D.J., 1997.

CABRILLAC (R.) *Dictionnaire du vocabulaire juridique*. Litec, 2002.

CARBONNIER (J.) *Droit civil, introduction*. PUF, 1999.

CARBONNIER (J.) *Droit civil, les biens*. PUF, 2000.

CARBONNIER (J.) *Droit civil, les obligations*. PUF, 1998.

CHANTEBOUT (B.) *Droit constitutionnel*. Armand Colin, 2001.

CHAPUT (Y.) et SCHODERMEIER (M.-D.) *Effets de commerce, chèques et instruments de paiements*. PUF, 1998.

CHAVANNE (A.) et BURST (J.-J.) *Droit de la propriété industrielle*. Dalloz, 1998.

CITEAU (J.-P.) *Gestion des ressources humaines*. Armand Colin, 2000.

COLOMER (A.) *Droit civil. Régimes matrimoniaux*. Litec, 2002.

CORNU (G.) *Droit civil : introduction, les personnes, les biens*. Montchrestien, 2001.

CORNU (G.) *Droit civil : Régimes matrimoniaux*, PUF, 1997.

CORNU (G.) *Vocabulaire juridique*. Association H. Capitant. PUF, 2000.

COZIAN (M.) *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*. Litec, 1996

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.) *Droit des sociétés*. Litec, 2000.

- DELGA (J.) *Le droit des sociétés*. Dalloz, 1998.
- DEMOGUE (R.) *Traité des obligations*. Tome VI, 1931.
- DESCHANEL (J.-P.) et GIZARD (Br.) *A la découverte de la bourse. Manuel d'économie boursière*. PUF, 1999.
- DIDIER (P.) *Droit commercial. Tome 1. Introduction, l'entreprise, l'entreprise individuelle*. PUF, 1997.
- DILIER (P.) *Droit commercial. Tome 2. L'entreprise en société, les groupes de sociétés*. PUF, 1999.
- DUPICHOT (J.) *Les sociétés commerciales*. Montchrestien, 1999.
- FARJAT (G.) *Droit économique*. PUF, 1982.
- FAVOREU (L.) et alii. *Droit constitutionnel*. Dalloz, 2001.
- FLOUR (J.) et CHAMPENOIS (G.) *Les régimes matrimoniaux*. Armand Colin, Paris, 2001.
- FRYDMAN (B.) et HAARSCHER (G.) *Philosophie du droit*. Dalloz, connaissance du droit, 1998.
- GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.) *Droit bancaire*. Litec, 2002.
- GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.) *Traité de droit civil. Introduction générale*. L.G.D.J., 1997.
- GHESTIN (J.) *Traité de droit civil. La formation du contrat*. LGDJ, 1993.
- GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.) *Traité de droit civil. Les effets du contrat*. L.G.D.J., 1994.
- GIRARD (P.), *Manuel élémentaire de droit romain*. Librairie A. Rousseau, 1924.
- GIVORD (Fr.) et GIVERDON (Cl.) *La copropriété*. Dalloz, 1992.
- GODE (P.), SORTAIS (J.-P.) et DERRIDA (F.) *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*. Dalloz, 1997.
- GRIDEL (J.-P.) *Introduction au droit et au droit français – notions fondamentales, méthodologie, synthèse*. Dalloz, 1994.
- GRIMALDI (M.) *Droit civil, libéralités, partages d'ascendants*. Litec, 2000.
- GRIMALDI (M.) *Droit civil, successions*. Litec, 2001.
- GRIMALDI (M.) *Droit patrimonial de la famille*. Dalloz Action 2001/2002.
- GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.) *Droit fiscal général*. Dalloz, 2001.
- GROSCLAUDE (J.) *La doctrine fiscale en France. 1987-1999*. Litec, 1999.
- GROSCLAUDE (J.) *La doctrine fiscale en France. 1999-2002*. Litec, 2003.
- GUYON (Y.) *Droit des affaires. Tome 1. Droit commercial et sociétés en général*. Economica, 2001.
- GUYON (Y.) *Droit des affaires. Tome 2. Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite*. Economica, 1997.
- HALPERIN (J.-L.) *Histoire du droit privé français depuis 1804*. PUF, 2001.
- HILAIRE (J.) *Introduction historique au droit des affaires*. PUF, 1986.
- JEANDIDIER (W.) *Droit pénal des affaires*. Dalloz, 1996.
- JEANTIN (M.) *Droit des sociétés*. Montchrestien, 1994.
- JUGLART (M. de) et IPPOLITO (B.) *Cours de droit commercial. Les sociétés commerciales. Tome 2*. Par DUPICHOT (J.) Montchrestien, 1999.

- KORNPROBST (E.) *Procédures fiscales et patrimoine du dirigeant d'entreprise*. Litec, 2000.
- LAMARQUE (J.) *Droit fiscal général* (fascicule 1). Cours de droit, Litec, 1998.
- LAMBERT-FAIVRE (Y.) *Droit des assurances*, Dalloz, 2001.
- LARROUMET (C.) *Droit civil. Introduction à l'étude du droit privé*. Economica, 1998.
- LARROUMET (C.) *Droit civil. Les obligations, le contrat*. Economica, 1996.
- LE CANNU (P.) *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2002.
- LE TOURNEAU (Ph.) et CADIET (L.) *Droit de la responsabilité et des contrats*. Dalloz Action, 2002/2003.
- LEGEAIS (D.) *Droit commercial et des affaires*. Armand Colin, 2000.
- MARTORY (B.) et COZET (D.) *Gestion des ressources humaines*. Nathan, 1986.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) *Droit civil ; introduction générale à l'étude du droit*. Sirey, 1972.
- MAZEAUD (H. L. et J.) et CHABAS (Fr.) *Leçons de droit civil ; introduction à l'étude du droit*. Montchrestien, 1996.
- MERCADAL (B.) et JANNIN (P.) *Sociétés commerciales*. Mémento pratique Francis Lefebvre 2002.
- MERCIER (J.-Y.) et PLAGNET (B.) *Les impôts en France. Traité de fiscalité*. Editions Francis Lefebvre, 2002.
- MERLE (Ph.) *Sociétés commerciales*. Dalloz, 2001.
- MESTRE (J.), PUTMAN (E.) et BILLIAU (M.) *Traité de droit civil. Droit commun des sûretés réelles*. L.G.D.J., 1996.
- MOUSSERON (J.-M.) *Technique contractuelle*. Ed. Francis Lefebvre, 1999.
- OPPETIT (B.) *Philosophie du droit*. Dalloz, 1999.
- OUDENOT (P.) *Fiscalité approfondie des sociétés*. Litec, 2000.
- OURLIAC (P.) et MALAFOSSE (J. de.) *Histoire du droit privé*. PUF, 1969.
- PATAULT (A.-M.) *Introduction historique au droit des biens*. PUF, 1989.
- PELISSIER (J.), SUPLOT (A.) et JEAMMAUD (A.) *Droit du travail*. Dalloz, 2000.
- PERRAUD-CHARMANTIER (A.) et LAURAS (M.) *Manuel des sociétés coopératives*. L.G.D.J., 1948.
- PETEL (Ph.) *Procédures collectives*. Dalloz, 1996.
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.) *Traité pratique de droit civil français*. Tome VI par ESMEIN, 1952.
- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Traité de droit commercial. Tome 1, volume 2. Les sociétés commerciales*. Par M. GERMAIN. L.G.D.J., 2002.
- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) *Traité de droit commercial. Tome 2. Effets de commerce, banque et bourse, contrats commerciaux, procédures collectives*. Par DELEBECQUE (Ph.) et GERMAIN (M.), L.G.D.J., 2000.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.) *Droit des entreprises en difficulté*. Montchrestien, 1995.
- SOINNE (B.) *Traité des procédures collectives*. Litec, 1995.
- STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.) *Introduction au droit*. Litec, 2000.
- STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.) *Obligations : responsabilité délictuelle*. Litec, 1996.

STARCK (B.); ROLAND (H.) et BOYER (L.) *Obligations : contrat*. Litec, 1998.

SZRAMKIEWICZ (R.) *Histoire du droit des affaires*. Montchrestien, 1989.

TERRE (Fr.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.) *Droit civil. Les obligations*. Dalloz, 1999.

TERRE (Fr.) et SIMLER (Ph.) *Droit civil. Les biens*. Dalloz, 2002.

TERRE (Fr.) et SIMLER (Ph.) *Droit civil. Les successions. Les libéralités*. Dalloz, 1996.

TERRE (Fr.) *Introduction générale au droit*. Dalloz, 1998.

THERY (P.) *Sûretés et publicité foncière*. PUF, 1998.

TIXIER (G.) et MAUBLANC (J.-P.) *La fiscalité des dirigeants d'entreprise*. Dalloz, 1996.

TUNC (A.) *La responsabilité civile*. Economica, 1989.

VAUPLANE (H. de) et BORNET (J.-P.) *Droit des marchés financiers*. Litec, 1998.

VIDAL (D.) *Droit des sociétés*. L.G.D.J., 2001.

VILLIERS (M. de) *Dictionnaire de droit constitutionnel*. Armand Colin, 1999.

VINEY (G.) *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*. L.G.D.J., 1997.

VINEY (G.) et JOURDAIN (P.) *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*. L.G.D.J., 1998.

ZENATI (Fr.) et REVET (Th.) *Les biens*. PUF, 1997.

ZOLLER (E.) *Droit constitutionnel*. PUF, 1999.

II.- OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES

- AGOSTINI (A) *Les options fiscales* L. G. D. J., 1983
- AGRON (E.) *L'histoire du vocabulaire fiscal* L. G. D. J., 2000
- AIDAN (P) *Droit des marchés financiers. Réflexions sur les sources*. Banque éditeur, 2001.
- ALLAIS (M) *Pour la réforme de la fiscalité : repenser les vérités établies*. Clément Juglar, 1990
- ANCEL (J) *La société civile immobilière* Hericly, 1993
- ANDRIER (T) *Guide pratique des sociétés civiles immobilières* Litec, 1997
- ARCHAMBAULT (A.-I.) *La nature juridique des valeurs mobilières* Thèse Paris I, 1998
- ARDANT (G) *Histoire de l'impôt* Livre II Fayard, 1972
- ASSIMACOPOULOU (E.) *L'harmonisation de la fiscalité de l'épargne dans les pays de la communauté* L. G. D. J., 2000
- AULAGNIER (J) *Usufruit et nue-propriété dans la gestion de patrimoine* Maxima, 1998
- BABEAU (A) *Le patrimoine des français*. Ed. La Découverte, collection «Repères», volume 81, 1989
- BABEAU (A) . LAROSIERE DE CHAMPEU (J. de) *Les européens et leur épargne* Economica, 2001
- BAHANS (J.-M) *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*. Thèse Bordeaux, 1998
- BAILLY-MASSON (C. A.) *L'autonomie de l'entreprise : enjeux et conditions* Thèse Grenoble, 1999
- BALLING (M), HENNESSY (E) et O'BRIEN (R.) *Corporate Governance, financial markets and global convergence*. Kluwer academic publishers, 1998.
- BART (J) *Histoire du droit privé, de la chute de l'empire romain au XIX^e siècle* Montchrestien, 1998
- BARTHELEMY (J) et alii. *Le droit des groupes de sociétés* Dalloz, 1991
- BASTIAN (D) *Essai d'une théorie générale de l'impoposabilité* Thèse Paris, 1929
- BEAUCHAMP (A) *Le guide mondial des paradis fiscaux* Grasset, 1992
- BEGORRE-BRET (C) et alii. *C'est fiches pour aborder la philosophie*. Bréal, 1998
- BELTRAME (P.) *La fiscalité en France* Hachette, 1993
- BENOIT (J) et YURDIEVICH (D) *L'entreprise démocratique* Lyon chronique sociale, 1994
- BENOIT-GOYVANIER (R.-F) *Transformation des rapports sociaux dans l'entreprise et management participatif*. Thèse Grenoble 3, 1990
- BERLE (A. A.) et MEANS (G. C.) *The modern Corporation and Private Property* New York, MacMillan, 1932, 2ème éd., 1968
- BERTRAND-KERVERN (F), BOIGIBAULT de BRYAS (A), et CHOUVELON (T) *Gestion de patrimoine : principes économiques, juridiques et fiscaux* Economica, 1997
- BERTREL (J.-P) et JEANTIN (M) *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*. Litec, 1991.
- BLAISE (H) *L'apport en société* Librairie du Recueil Sirey, 1955
- BLANLUET (G) *Essai sur la notion de propriété économique en droit économique français* L. G. D. J., 1999
- BLIN-FRANCHOMME (M.-P) *Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires* Thèse Toulouse, 1998
- BOUCOBZA (X) *L'acquisition internationale de société*. L. G. D. J., 1998
- BOUGLE (F) *L'art et la gestion de patrimoine : acquérir, protéger, transmettre*. Ed. de Verneuil, 2001.
- BRISSE (J) et alii. *Les outils juridiques de la gestion de patrimoine* SEFI, 1996.

- BRUNEAU (P.) et CHOUVELON (T.) *Ingénierie fiscale du patrimoine. Guide d'optimisation fiscale*. E.F.E., 2001.
- BUCHEZ (Ph.) *Traité de politique et science sociale*. Amyot, 1886.
- BUISSON (J.) *Le sursis au paiement de l'impôt*. L.G.D.J., 1996.
- BUR (Chr.) *L'acte anormal de gestion*. E.F.E., 1999.
- CABY (I.) et HIRIGOYEN (G.) *La création de valeur de l'entreprise*. Economica, 1997.
- CAIRE (G.) et alii. *La valeur du travail*. Cahiers d'économie de l'innovation, n° 7. L'Harmattan, 1998.
- CALAIS-AULOY (J.) et MOUSSERON (J.-M.) *Les biens de l'entreprise*. Librairies techniques 1972.
- CALENDINI (J.-M.) *Le régime juridique des sociétés commerciales en règlement judiciaire ou en liquidation de biens*. Thèse Paris II, 1983.
- CARBONNIER (J.) *Flexible droit*. L.G.D.J., 1988.
- CARBONNIER (J.) *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*. Thèse Bordeaux, 1932.
- CARTY (S.) et LE BRETON (D.) *Petite entreprise, quel statut choisir ?* Economica, 1989.
- CATHELINEAU (J.) *Le sort des droits sociaux après le décès d'un associé*. Thèse Bordeaux, 1992.
- CAUSSE (H.) *Les titres négociables. Essai sur le contrat négociable*. Thèse Montpellier, 1993.
- CHABANNE (J.-Y.) *La liberté contractuelle et le droit fiscal*. Thèse Toulouse, 1999.
- CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.) *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*. Thèse Imoges, 1997 ou PULIM, 1999.
- CHAMPAUD (Cl.) *Le pouvoir de concentration de la société par actions*. Sirey, 1962.
- CHANIOT-WALINE (M.) *La transmission des biens meubles civils*. L.G.D.J., 1994.
- CHARDIN (N.) *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. L.G.D.J., 1988.
- CHASTENET DE GÉRY (G.) *La nature juridique du contrat de gestion d'entreprise hôtelière. Contribution à une étude de dissociation du capital et de la gestion*. Thèse Paris IX, 1998.
- COHET (Fr.) *Patrimoine et entreprise*. Thèse Grenoble, 1993.
- CONAC (P.-H.) *La régulation des marchés boursiers par la Commission des opérations de bourse (C.O.B.) et la Securities and exchange commission (S.E.C.)*. L.G.D.J., 2002.
- CONSTANTIN (A.) *Les rapports de pouvoir entre actionnaires*. Thèse Paris I, 1998.
- CONSTANTY (H.) *Internet, les nouveaux maîtres de la planète*. Le Seuil, 2000.
- CONVERT (L.) *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés*. L.G.D.J., 2003.
- COULOMBEL (P.) *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*. Thèse Nancy, 1950.
- COURET (A.) et LEDOUBLE (D.) *La maîtrise des risques dans les cessions d'actions*. G.N. Joly éditions, 1994.
- COURET (A.) et MARTIN (D.) *Les sociétés holding. Que sais-je ?* PUF, 1997.
- CROCQ (P.) *Propriété et garantie*. L.G.D.J., 1995.
- CUTAJAR-RIVIERE (C.) *La société écran*. L.G.D.J., 1998.
- DALMASSO (Th.) *La responsabilité pénale des personnes morales : évaluation des risques et stratégies de défense*. E.F.E. 1996.

- DAVID (C.), FOUQUET (O.), PLAGNET (B.) et RACINE (P.-F.) *Grands arrêts de la jurisprudence fiscale*. Dalloz, 2003.
- D'HOIR-LAUPETRE (C.) *La notion de groupe de sociétés en droit français*. Thèse Lyon, 1998.
- DEFOURNY (J.), FAVREAU (L.) et LAVILLE (J.-L.) *Insertion et nouvelle économie sociale. Un bilan international*. Ed. Desclée de Brouwer, 1998.
- DELCROS (B.) *L'unité de la personnalité juridique de l'Etat*. L.G.D.J., 1976.
- DELFOSSÉ (A.) *Holdings et reprise d'entreprise*. Ed. d'organisation, 1988.
- DELFOSSÉ (A.) *Plus-values et transmission de patrimoine*. Maxima, 1998.
- DEMOUSTIER (D.) *Les coopératives de production*. La Découverte, Collection « Repères », 1984.
- DENOS (P.) *Guide pratique de la S.C.I. : comment bien gérer son patrimoine immobilier*. Ed. d'organisation, 1998.
- DEPARDIEU (I.) *Les sociétés civiles dans la gestion de son patrimoine*. SEFI, 1997.
- DEPONDY (A.) et CHEVALLIER (Y.) *Les sociétés civiles de famille dans la gestion de patrimoine*. Maxima, 1996.
- DEPONDY (A.) *Les techniques de gestion de patrimoine*. Maxima, 1998.
- DESBRIERES (Ph.) *Participation financière, stock-options et rachat d'entreprise par les salariés*. Economica, 1991.
- DESLANDES (M.) *L'organisation de l'entreprise familiale (aspects juridiques et fiscaux)*. Thèse Rennes, 1977.
- DESLANDES (M.) *Pouvoir et contrôle dans les petites et moyennes organisations - réflexions novatrices*. Presses universitaires de Rennes, 2003.
- DESPAX (M.) *L'entreprise et le droit*. L.G.D.J., 1957.
- DRUMMOND (F.) *Les sociétés dites « holdings »*. Thèse Paris II, 2 vol., 1993.
- DOM (J.-Ph.) *Les montages en droit des sociétés*. Joly éditions, 1998.
- DOUCINAUD (S.) *Les principales limites fiscales à la liberté de gestion des entreprises*. Thèse Amiens, 1995.
- DUHAMEL (G.) *Les paradis fiscaux*. Granger, 1999.
- DUMOULIN-MAUDUIT (L.) *Les organisations intermédiaires d'investisseurs. Contribution à l'étude d'une dimension collective du capitalisme en France*. Presses universitaires des facultés de Clermont-Ferrand, 2002.
- EDVINSSON (L.) et MALONE (M.) *Le capital immatériel de l'entreprise*. Maxima, 1999.
- EZRAN-CHARRIERE (N.) *L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'Union européenne*. Thèse Paris II, 1998.
- FADEL RAAD (N.) *L'abus de personnalité morale en droit privé*. L.G.D.J., 1991.
- FERNOUX (P.) *La gestion fiscale du patrimoine*. Groupe Revue fiduciaire, 2002.
- FOURIER (C.) *Le Nouveau Monde industriel et sociétaire*. Bossange, 1829-1930.
- FRANSES (P.) *L'exercice sous forme sociale et en groupe des professions libérales*. Thèse Nice, 1997.
- FROMION-HEBRARD (B.) *Essai sur le patrimoine en droit privé*. Thèse Paris II, 1998.
- GAILLARD (E.) *Le pouvoir en droit privé*. Economica, 1985.
- GAILLARD (E.) *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*. Thèse Lyon, 1932.
- GALAND-CARVAL (S.) *De la fonction de peine privée de la responsabilité civile*. Thèse Paris I, 1993.

- GALLAIS-HAMONNO (G.) *S.I.C.A.F. et F.C.P. les O.P.C.V.M. en France*. Que sais-je ? PUF, 1995
- GASTAUD (J.-P.) *Personnalité morale et droit subjectif*. L.G.D.J., 1977.
- GAULTIER (A.) *Les holdings familiales, pérennité et succession*. Ed. d'organisation, 1987.
- GAUME (B.) *La gestion des F.C.P.* Thèse Paris I, 1987.
- GAZIN (H.) *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la théorie classique*. Thèse Dijon, 1910
- GENTILHOMME (R.) *Démembrement de propriété et société civile*. Thèse Rennes, 1997.
- GENY (Fr.) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. L.G.D.J., 1919.
- GENY (Fr.) *Science et technique en droit privé positif*. Tome II, Sirey, 1921
- GIRAY (M.) *Guide pratique des sociétés civiles immobilières*. Litec, 1997.
- GJIDARA (S.) *L'endettement et le droit privé*. L.G.D.J., 1999.
- GODIN (J.-B. A.) *Mutualité sociale et association du capital et du travail ou Extinction du paupérisme par la considération du droit naturel des faibles au nécessaire et du droit des travailleurs à participer aux bénéfices de la production*. Guillaumin, 1880.
- GOFFAUX (G.) *Du contrat en droit des sociétés - Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*. Thèse Nice, 1999.
- GOUTAY (P.) *Le transfert de propriété des titres cotés*. Thèse Paris IX, 1997.
- GRANGER (D.) *La société unipersonnelle, technique d'organisation de l'entreprise individuelle*. Thèse Rennes, 1976.
- GUILLAUME (R.) *La participation - De Gaulle, le visionnaire*. Thèse Toulouse, 1999
- GUILLON (P.-M.) et LENGAIGNE (J.-J.) *Mémento des professionnels du patrimoine*. Patrimoine Management et Technologies, 1997.
- GUILLON (P.-M.) *La gestion de patrimoine : méthodes et enjeux stratégiques*. Economica, 1996.
- GUINCHARD (S.) *L'affectation des biens en droit privé français*. L.G.D.J., 1976
- GUINERET-BROBBEL DORSMAN (A.) *La GmbH & Co KG Allemande et la « commandite à responsabilité limitée » française*. L.G.D.J., 1998.
- HABERMAS (J.) *Droit et Morale*. Seuil, 1997
- HADJI-ARTINIAN (S.) *La faute de gestion en droit des sociétés*. Litec, 2001.
- HANNOUN (C.) *Le droit et les groupes de sociétés*. L.G.D.J., 1991.
- HAURIOU (M.) *Principes de droit public*. Librairie Recueil Sirey, 1916.
- HECKLY (C.) *La politique fiscale dans les pays industrialisés*. Dunod, 1999.
- HIDALGO (R.), SALOMON (G.) et MORVAN (P.) *Entreprise et responsabilité pénale*. L.G.D.J., 1994.
- HIEZ (D.) *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*. Thèse Paris XII, 2000
- HUGOT (J.) et RICHARD (J.) *Les sociétés unipersonnelles*. Litec, 1985.
- INSEE. *Le patrimoine national : sources et méthodes d'évaluations*. 1994
- IZORCHE (M.-L.) *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*. P.U.A.M., 1995
- JACQUILLAT (B.) et SOLNIK (B.) *Marchés financiers, gestion de portefeuille et des risques*. Dunod, 1989.
- JAEGER (H.-J.) et alii *Les plans d'intéressement Stock Option plans*. Journée d'étude en l'honneur du professeur Georges Muller. Edité par G. Boyet. C.F.D.I.A.C.-Litec, 2001

- JALLU (O.) *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*. Thèse Paris, 1902.
- KARM (A.) *L'entreprise conjugale*. Thèse Paris II, 1999.
- KAYSER (P.) *Sociétés et associations, leurs domaines d'application*. Thèse Nancy, 1928.
- KHEIRA (K) et TEYSSONNIER (F.) *Conseil et gestion de patrimoine : méthode et stratégie du patrimoine privé et professionnel*. Economica, 2002.
- LA MARTINIERE (D. de) et alii. *L'impôt du diable. Le naufrage de la fiscalité française*. Calmann-Lévy, 1990.
- LAFON (J.) et LAFON (P.) *La société à responsabilité limitée : commentaire doctrinal*. 1929.
- LAMBERT (G.) *Le droit de l'entreprise et le contentieux des affaires*. P.U.A.M. 1983.
- LAMBERT (Th.) *Le prix de cession des actions et parts sociales*. Thèse, Nancy, 1991.
- LASSERRE-KIESOW (V.) *La technique législative. Etude sur les Codes civils français et allemands*. L.G.D.J., 2002.
- LAVILLE (J.-L.) *La participation dans les entreprises en Europe*. Vuibert, 1992.
- LAVILLE (J.-L.) *L'évaluation des pratiques de gestion participative dans les P.M.E. et les coopératives*. CRIDA, novembre 1988.
- LE FLOCH (P.) *Le fonds de commerce : essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*. L.G.D.J., 1986.
- LE NABASQUE (H.), BOUSSIER (F.) et RICHEN (F.) *La transmission de l'entreprise familiale*. Dalloz, 1992.
- LEAUTE (J.) *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*. Thèse Paris, 1946.
- LECACHEUR (G.) *Les aspects juridiques de la sécurité financière des marchés réglementés*. Thèse Rennes I, 1998.
- LEDOIT (A.) *La fonction immobilière dans l'entreprise*. Economica, 1998.
- LEDOUX (P.) *Le droit de vote des actionnaires*. L.G.D.J., 2002.
- LEKKAS (G.) *L'harmonisation du droit des offres publiques et la protection de l'investisseur*. L.G.D.J., 2001.
- LEMEUNIER (F.) *Comment constituer et gérer une société civile*. Ed. Delmas, 1985.
- LEROY (M.) *Contribution à la notion de professionnel*. Thèse Toulouse I, 1995.
- LEROYER (A.-M.) *Les fictions juridiques*. Thèse Paris II, 1997.
- LEVY-BRUHL (H.) *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*. Montchrestien, 1938.
- LIGER (A.) *La gestion fiscale des P.M.I. : un mythe, le lien fiscalité-financement*. L.G.D.J., 1988.
- LINDITCH (F.) *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*. L.G.D.J., 1997.
- LOTTI (B.) *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte (contribution à la distinction de la propriété et des droits réels)*. Thèse Paris XI, 1999.
- LUCAS (F.-X.) *Les transferts temporaires de valeurs mobilières*. L.G.D.J., 1997.
- MAILLARD (P.) *Intéressement, participation, actionnariat*. Ed. Delmas, 1986.
- MATHEY (N.) *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*. Thèse Paris II, 2001.
- MAUDUIT (L.) et DESPORTES (G.) *La gauche imaginaire et le nouveau capitalisme*. Grasset, 1999.
- MAURY (F.) *L'exercice sous la forme d'une société d'une profession libérale réglementée*. P.U.A.M., 2000.
- MEDJAOUI (K.) *Les marchés à terme dérivés et organisés d'instruments financiers*. L.G.D.J., 1996.

- MICHOUD (L.) *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*. I. G.D.J., 1909.
- MIHAIL (Ph.) *Gestion de patrimoine. Les instruments de la planification patrimoniale et fiscale en France et à l'étranger*. Maxima, 2003.
- MIRIMONDE (A. de) *Comment gérer sa fortune*. Payot, 1926.
- MOINE (P.) *Le régime fiscal des groupes de sociétés. L'intégration fiscale*. EFE diffusion Litec, 1996.
- MONIN (L.-H.) *Gestion de patrimoine*. SEFI, 1991.
- MONTREDON (J.-F.) *La désolennisation des libéralités*. I. G.D.J., 1989.
- MONSALLIER (M.-Ch.) *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la S.A.* I. G.D.J., 1998.
- MORGENSTERN (P.) *L'intégration fiscale*. Groupe Revue fiduciaire, 2002.
- MORTIER (R.) *Le rachat par la société de ses droits sociaux*. Thèse Rennes, 2001.
- MORVAN (P.) *Le principe de droit privé*. Ed. Panthéon-Assas, 1999.
- MOULIN (J.-M.) *Le principe d'égalité dans les sociétés anonymes*. Thèse Paris X, 1998.
- NERSON (R.) *Patrimoine et Famille*. C.N.R.S., 1981.
- NICOD (M.) *Le formalisme en droit des libéralités*. La Mouette, 2001.
- NURIT-PONTIER (L.) *Les groupes de sociétés*. Ellipses, 1998.
- OHL (D.) *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*. Librairies techniques : Paris, 1982.
- OPPETIT (B.) *Les rapports de la personne morale et de ses membres*. Thèse Paris, 1963.
- ORSINI (G.) *L'interventionnisme fiscal*. PUF, 1995.
- PAILLUSSEAU (J.) *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*. Thèse Rennes, 1965.
- PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.) et PEYRAMAURE (P.) *La cession d'entreprise*. Dalloz, 1993.
- PANNIER-MAGNIER (V.) *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*. Thèse Paris I, 1997.
- PARIENTE (M.) *Les groupes de sociétés*. Litec, 1993.
- PAROT (J.-C.) *La fiscalité de la cession d'entreprise*. Banque éditeur, 1997.
- PAYS (B.) *La gestion de patrimoine*. PUF, Que sais-je ? 1992.
- PERCEROU (R.) *La personne morale de droit privé : patrimoine d'affectation*. Thèse Paris, 1951.
- PERIN (P.-L.) *L'organisation des pouvoirs dans la société par actions simplifiée*. Thèse Paris II, 1999.
- PERREAU (S.) *L'exploitation à responsabilité limitée. Chemin de modernité*. Thèse Paris I, 1992.
- PETERKA (N.) *Les dons manuels*. I. G.D.J., 2001.
- PEZARD (A.) et ELIET (G.) *Droit et déontologie des activités financières. Comparaison internationale*. Montchrestien, 1997.
- PIERRE (Ph.) *Vers un droit des accidents. Contribution à l'étude du report de la responsabilité civile sur l'assurance privée*. Thèse Rennes I, 1992.
- PIETRANCOSTA (A.) *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers*. Thèse Paris I, 1999.
- PLASTARA (G.) *La notion juridique de patrimoine*. Thèse Paris, 1903.

- POMIES (O.) *De l'obligation des dirigeants de la société aux dettes sociales*. Thèse Rennes, 1989.
- PORACCHIA (D.) *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*. P.U.A.M., 1998.
- POUILLE (L.) *La situation fiscale de l'associé lors d'une remise gratuite de titres*. L.G.D.J., 2000.
- PRIETO (C.) *La société contractante*. P.U.A.M. 1994.
- QUINTERO (N.) *La participation dans les coopératives de production*. Thèse Aix en Provence, 1991.
- RAIMON (M.) *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé*. L.G.D.J., 2002.
- REGNAUT-MOUTIER (C.) *La notion d'apport en jouissance*. L.G.D.J., 1994.
- REMPIER (J.-P.) *L'individu et son patrimoine*. Thèse Paris, 1961.
- REVET (Th.) *La force de travail*. Thèse Montpellier, 1991.
- REVILLARD (M.) *Droit international privé et pratique notariale*. Ed. Defrénois 2001.
- REYGROBELLET (A.) *La notion de valeur mobilière*. Thèse Paris II, 1995.
- RIPERT (G.) *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. L.G.D.J., 1951, reproduction fac-simile 1995.
- RIPERT (G.) *La règle morale dans les obligations civiles*. L.G.D.J., 1949, reproduction fac-simile 1994.
- RIPERT (G.) *Les forces créatrices du droit*. L.G.D.J., 1994.
- RIPERT-JOUVEL (V.) *Les sociétés civiles immobilières familiales*. Litec, 1991
- RIVIERE (I.) *Les contrats portant sur les valeurs mobilières*. Thèse Paris I, 1997.
- ROBBEZ-MASSON (Ch.) *La notion d'évasion fiscale en droit interne français*. L.G.D.J., 1990.
- ROUSSEL (P.) *Rémunération, motivation et satisfaction au travail*. Economica, 1996.
- ROYAL (H.) *Société civile de portefeuille*. E.F.E., 2001.
- SAINT AFFRIQUE-TIBERGHEN (D. de). *La société civile comme mode d'organisation du patrimoine*. Thèse Paris II, 2002.
- SAINT-SIMON (Cl.-H. de Rouvroy, Comte de). *Du système industriel*. In Œuvres de Claude-Henri de Saint-Simon, tome III, Ed. Anthropos, 1966.
- SAINT-SIMON (Cl.-H. de Rouvroy, Comte de). *De l'organisation sociale*. In Œuvres de Claude-Henri de Saint-Simon, tome V, Ed. Anthropos, 1966.
- SALEILLES (R.) *De la personnalité juridique. Histoire et théorie*. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1910.
- SALOU (E.) *La prévention du risque conflictuel en droit du travail*. Thèse Rennes, 1987.
- SAURET (A.) *Intéressement, participation et plan d'épargne entreprise, commentaire de la loi 90-1002 du 7 novembre 1990*. Montchrestien, 1991.
- SAVATIER (J.) *Étude juridique de la profession libérale*. Thèse Poitiers, 1946, L.G.D.J., 1947.
- SAYAG (A.) *Essai sur le besoin créateur de droit*. L.G.D.J., 1969.
- SCHILLER (S.) *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*. L.G.D.J., 2002.
- SCHMIDT (D.) *Les conflits d'intérêts dans la S.A.* Joly éditions, 1999.
- SCHOLASTIQUE (E.) *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés*. L.G.D.J., 1998.
- SERLOOTEN (P.) *Fiscalité de la transmission d'entreprise*. Economica, 1994.
- SIMONAIT (V.) *La personne morale de droit privé en droit comparé*. Bruylant, 1995.

- SOUMRANI (P.) *Le portage d'actions* L. G. D. J., 1996
- SPETH (F.) *La divisibilité du patrimoine dans l'entreprise d'une personne* Thèse Liège-Paris, 1957
- STANGER (T.) *Socrès Français / Un Américain nous regarde* Michalon, 2003
- STOFFEL-MUNCK. (P.) *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie* L. G. D. J. 2000
- STUART MILL (J.) *L'utilitarisme* Flammarion, 1993
- TERRE (Fr.) *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* L. G. D. J., 1957
- TESTU (F.-X.) *L'influence de la destination des biens sur leur transmission successorale. Essai sur la fonction du droit des successions et des libéralités* Thèse Paris X, 1983
- TOUCHARD (J.) *Le Gaullisme, 1940-1969* Seuil, 1978
- TROPLONG *Le droit civil expliqué, du prêt* C. Anguier, 1845
- VALUET (J.-P.) *Stock options* Joly éditions, 1997
- VEAUX (D.) *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales* Thèse Rennes, 1947
- VERWILGHEN (M.) et alii *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités. Droit international et Droit comparé*. Les éditions de la Baconnière, 1979
- VIALLA (Fr.) *L'introduction du fonds libéral en droit positif français* Litec, 1999
- VIANDIER (A.) *La notion d'associé* L. G. D. J., 1978
- VIANDIER (A.) *Sociétés et loi N.R.E.* Ed. Francis Lefebvre, 2001
- VIDAL (J.) *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français* Dalloz, 1957
- VIGNAL (N.) *La transparence en droit privé des contrats* P. U. A. M., 1998
- VIGNAL (Y.) *Intérêt et précarité des sociétés civiles de placement* Thèse Paris I, 1988
- VON PINE (B.) *La fiscalité de la transmission à titre gratuit des entreprises commerciales, artisanales et agricoles* Thèse Toulouse, 1995
- WEBER (M.) *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme* Réédition Flammarion 2000
- WICKER (G.) *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique* L. G. D. J., 1997
- WITZ (C.) *La Fiducie en droit privé français* Economica, 1981
- ZOIA (M.) *Incidence du droit communautaire sur les contrats spéciaux* Thèse Toulouse, 1999

Archives de philosophie du droit :

- L'utile et le juste* Tome 26, 1981
- Sources du droit* Tome 27, 1982
- Droit et économie* Tome 37, 1992
- L'argent et le droit* Tome 42, 1998
- Le Droit et l'immatériel* Tome 43, 1999
- L'impôt* Tome 46, 2002

Congrès des notaires :

Le statut matrimonial du français. 75^e Congrès des notaires de France. La Baule 7-10 mai 1978.

L'entreprise et ses partenaires. 79^e Congrès des notaires de France. Avignon 3-11 mai 1983.

Les garanties du financement. 82^e Congrès des notaires de France. Nice 4-7 mai 1986.

Patrimoine professionnel de l'entrepreneur, mythe ou réalité. 83^e Congrès des notaires de France. Toulouse 24-27 mai 1987.

Patrimoine privé, stratégie fiscale. 87^e congrès des notaires de France. Montpellier 5-8 mai 1991.

Le droit et l'enfant. 91^e Congrès des notaires de France. Tours 21-24 mai 1995.

L'investissement immobilier. 93^e Congrès des notaires de France. Strasbourg 4-7 mai 1997.

Demain, la famille. 95^e Congrès des notaires de France. Marseille 9-12 mai 1999.

Le patrimoine au XXI^e siècle. 96^e Congrès des notaires de France, Lille 28-31 mai 2000.

Patrimoine professionnel. Méthode et perspectives. 98^e Congrès des notaires de France, Cannes 2^e 25 septembre 2002.

La vente d'immeuble. Sécurité et transparence. 99^e Congrès des notaires de France, Deauville 25-28 mai 2003.

Travaux de l'association Henri Capitant :

La bonne foi. Journées Libanaises. Tome XLIII. Litec, 1994.

L'endettement. Journées Argentines. Tome XLVI. L.G.D.J., 1997.

Les garanties du financement. Journées Portugaises. Tome XLVII. L.G.D.J., 1998.

III.- ARTICLES, CHRONIQUES ET RAPPORTS

AGLIETTA (M.)

Derrière la débâcle boursière, une folle spirale. *Le Monde* 1^{er} octobre 2002.

ALBOUY (A.)

Diversification et gestion de patrimoine à long terme. *Banque* 1999, n° 609, p. 40.

ALFANDARI (E.) et JEANTIN (M.)

La reprise d'une entreprise en difficulté par une S.C.O.P. *Rev. d'économie sociale* 1985, p. 113.

ALFANDARI (E.)

Le droit au sein des rapports entre l'« économique » et le « social ». *In Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*. PUF, 1992, p. 31.

AMANN (B.)

L'open bid. *Petites affiches* 26 et 28 juin 1991, p. 27 et 13.

AMIAUD (A.)

L'affectio societatis. *Mélanges Simontus*, 1955, p. 1.

ARMAND-PREVOST (M.)

L'expertise de gestion. *R.J.Com.* 1998, p. 125.

ATIAS (Ch.) et LINOTTE (D.)

Le mythe de l'adaptation du droit au fait. *D.* 1977, chron., p. 251.

AUGUSTIN-NORMAND (G.)

Les principes de la gestion « value » ou comment battre un indice. *Dr et patrimoine*, septembre 2002, p. 86.

AULAGNIER (J.)

La gestion du patrimoine, synthèse du droit et de la finance. *Rev. dr. banc.* mars-avril 1993. *Cahier de gestion de patrimoine*, n° 36, p. 3.

AUMONT (F.)

Les incertitudes fiscales de la convention de quasi-usufructier au regard de l'I.S.F. *J.C.P. éd. N.* 2000, p. 1165.

AUSSEDAT (J.)

Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation. *Rev. sociétés* 1974, p. 221.

AUZERO (G.)

La loi 2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale. Présentation générale. *Bull. Joly* 2001, § 89, p. 345.

BACH (L.)

Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français. *R.T.D. civ.* 1977, p. 17.

BAFFOY (G.) et LE NENAN (R.)

Aménagements financiers des droits des associés. *J.C.P. éd. E.* 2003, prat. 145, p. 162.

BAFFOY (G.)

L'usage de la tontine en droit des sociétés. *J.C.P. éd. E.* 2003, conseil 276, p. 306.

BAILLOD (R.)

Le juste motif de révocation des dirigeants sociaux. R.T.D. com. 1983, p. 396.

BAILLY-MASSON (C.)

La fictivité, une épée de Damoclès disparue ? *Petites Affiches* 24 janvier 2000, n° 16, p. 7.

BAJ (C.)

Privatisations : les groupes d'actionnaires stables. *Rev. dr. banc.* janvier-février 1994, n° 41, p. 8.

BALLOT (G.)

Capital humain des entreprises et performances. *In Clés pour le siècle*, ouvrage collectif Université Panthéon-Assas/Paris II. Dalloz, 2000, p. 693.

BARANES (W.) et FRISON-ROCHE (M.-A.)

Le souci d'effectivité du droit. *D.* 1996, chron., p. 301.

BARANGER (G.)

Le droit des sociétés bouleversé à la sauvette. L'ouverture de la SAS unipersonnelle. *Bull. Joly* 1999, § 197, p. 831.

BARBIERI (J.-F.)

Comment rénover le droit français des groupes de sociétés ? *Petites affiches* 5 novembre 1997, n° 133, p. 6.

Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés. *Petites Affiches* 25 octobre 1996, n° 129, p. 10.

Les apports de la loi Madelin loi n° 94-126 du 11 février 1994 au droit des sociétés. *Petites affiches* 22 juin 1994, p. 9.

Morale et droit des sociétés. *Petites Affiches* 7 juin 1995, n° 68, p. 13.

BATTIFOL (H.)

Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique. *In Mélanges dédiés à Gabriel Marty*. Toulouse, 1978, p. 35.

BAUER (M.)

Des élites légitimes ? *In Problèmes politiques et sociaux*, n° 848 décembre 2000, La Documentation française, p. 69.

BEAL (S.)

Annonce publique et information du comité d'entreprise. *J.C.P. éd. E.* 2002, chron. p. 1418.

BEAUD (S.)

La condition ouvrière aujourd'hui. *In Regards sur l'actualité* n° 259, mars 2000, La Documentation française, p. 27.

BELIER (G.) et CORMIER (A.)

Stock options et droit du travail. *Dr. social* 2000, p. 838.

BELLIVIER (F.)

Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France. *In Actes du colloque de l'Université de Strasbourg, sous la direction d'O. BEAUD et P. WACHSMANN : la science juridique allemande et la science juridique française de 1870 à 1918*. Presses de l'Université de Strasbourg, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, nouvelle série, n°1, 1997.

BENABENT (A.)

La fiducie. (Analyse d'un projet de loi lacunaire). *J.C.P. éd. N.* 1993, I, 275.

BENOIT-MOURY (A.)

De l'article 1832 du Code civil au concept belge de société depuis juillet 1996 *In le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*. Dalloz, 1997, p. 33.

BERGER (P.)

La donation indirecte de valeurs mobilières. *Dr. et patrimoine*, mars 1994, p. 31.

- BERGERAC (M.) et BERNARD (A.)**
Fantaisie à deux voix D. 2000, chron., p. 315.
- BEROARD (J.-C.)**
Stock-options : la déductibilité des « moins-values » sur option de souscription en matière d'impôt sur les sociétés. Dr. fiscal 9 avril 2003, p. 571.
- BERR (J.-C.)**
La place de la notion de contrôle en droit des sociétés. In *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*. Tome 1. Librairies techniques 1974, p. 1.
- BERNARD de SAINT-AFFRIQUE (J.)**
La responsabilité professionnelle du gestionnaire de patrimoine à regard de l'abus de droit. Defrénois 1998, art. 36825.
- BERTAUX (G.)**
Solution d'examens de notaire. Defrénois 1998, art. 36780, n° 13.
- BERTREL (J.-P.)**
Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? Dr. et Patrimoine, octobre 1996, p. 14.
Ingénierie juridique : le montage Moulinex. Dr. et patrimoine, septembre 1997, p. 38.
Ingénierie juridique : les holdings de société- d'avocats ou de notaires. Dr. et patrimoine, avril 2002, p. 22.
La commandite, technique d'ingénierie juridique. Dr. et patrimoine, décembre 1993, p. 26.
La liberté contractuelle en droit des sociétés, essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés. R.T.D. com. 1996, p. 595.
La S.A.S., bilan et perspectives. Dr. et patrimoine, septembre 1999, p. 40.
Le débat sur la nature de la société. In *Etudes à la mémoire d'Alain Sayag : droit et vie des affaires*. Litec, 1997, p. 131.
Le L.B.O. à la française. Rev. dr. banc. mars-avril 1989, n° 12, p. 47.
Le nouveau régime des stock-options. Dr. et patrimoine, janvier 1997, p. 30.
Vers un renouveau de la société en commandite par actions ? Banque 1986, p. 363.
- BESANCENOT (D.)**
La spéculation sur les marchés financiers. In *Clés pour le siècle*, ouvrage collectif université Panthéon-Assas/Paris II. Dalloz, 2000, p. 1349.
- BIGAULT du GRANRUT-LIBERT (S. de).**
Les options de souscription ou d'achat d'actions ou Qui n'a pas ses stock-options ? Gaz. Pal. 1988, I, p. 339.
- BISSARA (Ph.)**
L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions. Rev. sociétés 1990, p. 553.
Les véritables enjeux du débat sur le « gouvernement de l'entreprise ». Rev. sociétés 1998, p. 5.
Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ? Rev. sociétés 2003, p. 51.
L'intérêt social. Rev. sociétés 1999, p. 5.
- BONDUELLE (P.)**
L'état de l'entreprise donnée. J.C.P. éd. N. 1992, doctr., p. 22. et p. 33
A quoi peut servir une société civile de gestion de portefeuille ? J.C.P. éd. E. 1997, 711.
- BONDUELLE (P.), PRIEUR (J.) et PLAGNET (B.)**
Société civile de gestion de portefeuille, outil de gestion et transmission. Actes pratiques 1996, n° 28.
- BONNARD (R.)**
Léon Duguit, son œuvre et sa doctrine. Revue de Droit Public 1929, p. 24.
- BONNEAU (Th.)**

- Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances et le droit civil. R.T.D. civ. 1991, p. 1.
 Autocontrôle, planchers et plafonds en matière d'offres publiques d'acquisition. Rev. dr. banc. septembre-octobre 2000, n° 5, p. 281.
 De l'inutilité du droit contractuel pour assurer le respect des règles de marché. R.T.D. com. 1999, p. 257.
 Des nouveautés bancaires et financières issues de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière. J.C.P. éd. E. 2003, p. 1325.
- BORNET (J.-P.)**
 Le pouvoir des sans pouvoirs ou comment s'organise le pouvoir des minoritaires. Petites affiches 17 mars 1995, p. 18.
- BORNHAUSER (M.)**
 Donation de droits sociaux précédant leur cession : la prudence reste de rigueur. Dr. fiscal 28 mai 2003, p. 765.
- BORONAD-LESOIN (E.)**
 La survie de la personne morale dissoute. R.T.D. com. 2003, p. 1.
- BOUCOBZA (X.)**
 La loi de la majorité dans les sociétés de capitaux. In *Mélanges A.E.D.B.F. III. Droit bancaire et Financier*. Banque éditeur, 2001, p. 45.
- BOUCOURECHLIEV (J.)**
 De natura S.A.R.L. In *Études à la mémoire de Alain Sayag : droit et vie des affaires* Litec, 1997, p. 177.
- BOUGNOUX (A.)**
 O.P.C.V.M. J.-Cl. Sociétés, fasc. 2236.
- BOUILLOUX (A.)**
 La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation. Rev. sociétés 1994, p. 407.
- BOULARAN (F.)**
 S.A.R.L. : l'agrément des héritiers. J.C.P. éd. N. 1987, I, 24.
- BOULOC (B.)**
 Faut-il réformer le droit des sociétés ? R.J. com. 1998, p. 209.
 La place du droit pénal dans le droit des sociétés. Revue de science criminelle 2000, n° 1, p. 17.
 La responsabilité en matière de gestion de titres. In *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 437.
 Faut-il réformer le droit des sociétés ? R.J. com. 1998, p. 209.
- BOURRIE-QUENILLET (M.)**
 La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif (pratique judiciaire). J.C.P. 1998, I, 112.
- BOUTEILLER (P.)**
 La remise en garantie de l'épargne salariale. J.C.P. éd. E. 2000, p. 352.
 Les nouvelles mesures de protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel. J.C.P. éd. E. 2003, p. 1359.
- BOUTRY (C.)**
 L'absence de personnalité morale dans les sociétés. J.C.P. éd. E 2001, p. 310.
- BRACHET (B.)**
 Volonté politique et rigidité fiscale. In *Études de finances publiques. Mélanges en l'honneur de Monsieur le professeur P.M. Gaudemet*. Economica, 1984, p. 617.
- BRARD (Y.)**
 Égalité devant l'impôt et égalité devant les impôts. A propos de l'arrêt du conseil d'État du 19 novembre 1997. D. 1998, chron., p. 117.

La lutte contre la fraude et l'évasion fiscales. Retrouver l'égalité devant l'impôt. Rapport d'information
Assemblée nationale 1999, n° 1802.

BRAULT (J.-Cl.)

La cession de toutes les parts d'une S.C.I. *Defrénois* 1991, p. 128.

BREDIN (J.-D.)

Au delà de l'E.U.R.L., *In Quelle organisation juridique pour l'entreprise individuelle ? C.D.E.* 1990/1,
p. 24.

BRUNET (A.)

De la distinction de l'homme et de l'entreprise. *In Etudes dédiées à René Roblot : aspects actuels du
droit commercial français.* L.G.D.J., 1984, p. 469.

BRUNET (A.) et GERMAIN (M.)

L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes. *Rev. sociétés*
1985, p. 1.

BRUSSON (J.-M.) et BEAUJEAN (M.)

La création de valeur : une tendance de fond. *Banque*, mai 2000, p. 44.

BULLE (J.-F.)

Intervention des salariés et de leurs représentants dans le fonctionnement des organes sociaux. *J.C.P. éd.
E* 2002, p. 994.

BURGE (A.)

Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral. *R.T.D. civ.* 2000, p. 1.

CABRILLAC (M.)

Unité ou pluralité de la notion de succursale en droit privé. *In Etudes de droit commercial offertes à
Joseph Hamel. Dix ans de conférences d'agrégation.* Dalloz, 1961, p. 119.

CAILLAUD (B.) et BONASSE (A.)

Les fusions faisant intervenir des sociétés de personnes. *J.C.P. éd. E.* 1998, p. 595.

CALAIS-AULOY (J.)

Sociétés fictives. *Rép. Dalloz commercial.*

CALAIS-AULOY (M.-T.)

Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'E.U.R.L. *D.* 1986, *chron.*, p. 249.
De la limite des libertés à l'inutilité de la notion d'abus de droit. La notion de liberté privilégiée. *Petites
Affiches* 13 décembre 1991, n° 149, p. 12.

CANNARD (R.)

Pourquoi et comment utiliser la S.A.S. *Dr. et patrimoine*, avril 1994, p. 24.

CANTIN-CUMYN (M.)

L'Avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-Atlantique. *D.* 1992, *chron.*, p.
117.

CANTO-SPERBER (M.)

Le regain de la philosophie morale. *In Philosophies de notre temps.* Ed. Sciences humaines, p. 193.

CANU (V.) et SAINT MARS (B. de).

Les associations d'actionnaires, élément du gouvernement d'entreprise ? *Rev. dr. banc.* janvier-février
2000, n° 1, p. 46.

CARCREFF (P.)

Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes avec celle de contribution aux pertes. *Gaz. Pal.*
1976, I, *doct.*, p. 145.

CARTAIRADE (V.)

Des S.C.P.I. qui s'éclatent ! Investir magazine, avril 2001, p. 58.

CASIMIR (J.-P.)

L'imposition du résultat des sociétés. Etre ou ne pas être soumis à l'I.S. ? Telle est la question. *In le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud.* Dalloz, 1997, p. 159.

CASTAGNE (S.)

Examens de notaire. J.C.P. éd. N. 1998, p. 22.

Examens professionnels. Gestion de patrimoine. J.C.P. éd. N. 1997, p. 957.

La dernière compilation des holdings : n° 1 du "hit parade des transmissions d'entreprise". Dr. sociétés décembre 1998, p. 4.

Les nouveaux modes de direction des sociétés anonymes après la loi N.R.E. Dr. sociétés janvier 2003, chron. 1, p. 5.

CASTAGNEDE (B.)

Evolution et cohérence des règles de territorialité de l'impôt sur les sociétés. R.F. Fin. Pub. 1999, n° 68, p. 277.

CATALA (P.)

Couple et modernité : gestion et transmission du patrimoine. Defrénois 1988, art. 34305.

La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne. R.T.D. civ. 1966, p. 185.

L'état d'un bien donné exploité sous forme sociale. *In Etudes offertes à René Rodière.* Dalloz, 1981, p. 55.

L'immatériel et la propriété. *In Le droit et l'immatériel.* Archives de philosophie du droit. Tome 43, 1999, p. 61.

CAUSSAIN (J.-J.)

Du bon usage de la S.A.S. dans l'organisation des pouvoirs. J.C.P. éd. E. 1999, p. 1664.

A propos du devoir de loyauté des dirigeants des sociétés. *In Etudes offertes à B. MERCADAL.* Ed. F. Lefebvre 2002, p. 303.

La précarité des fonctions de mandataire social. Bull. Joly 1993, § 151, p. 523.

CHAMPAUD (Cl.) et DANET (D.)

Forme de société - réforme de la S.A.S. R.T.D. com. 1999, p. 872.

CHAMPAUD (Cl.)

Naissance d'une nouvelle catégorie juridique ou le « big bang » du droit des sociétés. Les S.E.L. R.T.D. com. 1990, p. 390.

« L'entreprise personnelle à responsabilité limitée » : rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'E.P.R.L. dans le droit français, présentation du rapport. R.T.D. com. 1979, p. 579.

Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit. *In Mélanges en l'honneur de G. Farjat. Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue ?* Ed. Frison-Roche, 1999, p. 85.

Le contrat de société existe-t-il encore ? *In Le droit contemporain du contrat.* Travaux coordonnés par Loïc Cadet. Economica, 1987, p. 132.

Contribution à la définition du droit économique. *In « Il diritto del economica ».* D. 1967, chron. XXIV. Leçon terminale. Sciences de gestion et conscience entrepreneuriale. *In le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud.* Dalloz, 1997, p. XIII.

Le syndrome de tante Adèle. *In Transmission et restructuration des petites et moyennes entreprises sous la direction de Michel Deslandes.* Presses Universitaires de Rennes, 1999, p. 13.

CHAPPERT (A.)

L'abus de droit en matière fiscale. Defrénois 1994, art. 35915.

L'évaluation des titres de sociétés. Defrénois 1998, art. 36810.

Les chausse-trapes fiscales d'une constitution de société. Defrénois 1990, art. 34762, 34771 et 34785.

L'exonération de plus-value lorsqu'un logement est détenu par une S.C.I. Defrénois 1983, art. 35635.

Un clair-obscur fiscal : les apports en société soumis au droit de mutation spécial ou au droit fixe sur engagement de conserver les droits sociaux pendant cinq ans. Defrénois 1998, art. 36813.

- Usufruit, nue-propriété et droits d'enregistrement. Defrénois 1987, art. 34089.
- CHARREAUX (G.)**
Conseil d'administration et pouvoirs dans l'entreprise. In *Le gouvernement des entreprises*. Economica, collection Recherche en gestion, 1997, p. 141.
- CHARTIER (Y.)**
L'évaluation des parts de sociétés civiles immobilières. *Rev. sociétés* 1993, p. 1.
Société coopérative de commerçants-détaillants. *Rép. Dalloz sociétés*.
- CHARVERIAT (A.) et BRUNSWICK (P.)**
La S.A.S. et le projet d'entreprise. *Rev. dr. banc.* mars-avril 2000, n° 2, p. 128.
- CHASSERY (A.)**
Le nantissement des parts sociales. *R.T.D. com.* 1977, p. 435.
- CHAUVEAU (P.)**
Des abus de la notion de personne morale dans les sociétés. *Rev. gén. dr. com.* 1938, p. 397.
- CHAUVIN (G.)**
Immobilier d'entreprise : propriété de la société commerciale ou d'une S.C.I. ? *J.C.P.* 1988, I, 3320.
- CHESNE (G.)**
L'exercice *ut singuli* de l'action sociale dans la société anonyme. *R.T.D. com.* 1962, p. 347.
- CHOL (E.) et NOUZILLE (V.)**
La grande colère des petits porteurs. *L'express*, 8 mai 2003, p. 108.
- CHOUVELON (T.)**
Opportunité de la gestion de patrimoine dans le cadre d'une société soumise à l'IS. *Rev. dr. banc.* mai-juin 1998. Supplément Ingénierie patrimoniale, p. 30.
- CLERC (D.)**
Les trois piliers du capitalisme patrimonial. *Alternatives économiques*, septembre 2000, n° 184, p. 72.
- COHEN (D.)**
La légitimité des montages en droit des sociétés. In *Mélanges en hommage à François Terré. L'avenir du droit*. Dalloz, 1999, p. 261.
- COHET-CORDEY (Fr.)**
La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français. *R.T.D. civ.* 1996 p. 819.
- COLOMER (A.)**
La réforme de la réforme des régimes matrimoniaux, ou : vingt ans après (premières réflexions sur la loi du 23 décembre 1985). *D.* 1986, chron., p. 49.
- COMANGES (L.)**
Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives. *Bull. Joly* 2003, § 2, p. 12.
- CONAC (P.-H.)**
Quelques réflexions sur un avant projet de loi créant une société par action simplifiée unipersonnelle (S.A.S.U.) *Bull. Joly* 1999, § 133, p. 607.
La fusion de la COB et du C.M.F. In *Mélanges A.E.D.B.F. III. Droit bancaire et Financier*. Banque éditeur, 2001, p. 59.
- CONSTANTIN (A.)**
L'intérêt social : quel intérêt ? In *Etudes offertes à B. Mercadal*. Ed. Francis Lefebvre, 2002, p. 303.
L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes. *Bull. Joly* 2003, § 160, p. 742.
Réflexions sur la validité des conventions de vote. In *Etudes offertes à J. Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*. L.G.D.J., 2001, p. 251.

Commentaire des dispositions de la loi MURCEF relatives au droit des sociétés et des marchés financiers. *Rev. sociétés* 2002, p. 197.

CONTIN (R.) et DESLANDES (M.)

L'adaptation du capital à la transmission du pouvoir par l'organisation statutaire du droit de vote dans les sociétés anonymes familiales. *In Mélanges en l'honneur du doyen Roger Perceperou*. Vuibert, 1993, p. 51.

CONTIN (R.) et HOVASSE (H.)

L'autonomie patrimoniale des sociétés. *D.* 1971, chron., p. 199.

CORRIGNAN-CARSIN (D.)

Loyauté et droit du travail. *In Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*. Economica, 1995, p. 125.

COURET (A.) et BOILLOT (T.)

Mettre en place un plan de stock options. *Actes pratiques* 2001, n° 58.

COURET (A.)

La mise en œuvre des nouvelles dispositions sur l'autocontrôle. *Bull. Joly* 1991, § 284, p. 789.

L'abus et le droit des sociétés. *Dr. et patrimoine*, juin 2000, p. 67.

Le gouvernement d'entreprise. *D.* 1995, chron., p. 163.

Le harcèlement des majoritaires. *Bull. Joly* 1996, § 36, p. 112.

Le sort des stock-options dans les liquidations de communauté ou de succession : approche critique d'idées nouvelles. *J.C.P. éd. N.* 1999, p. 525.

Le statut juridique du pouvoir dans les groupes de sociétés. *In Etudes offertes à Jacques Mourgeon*. Bruylant-Bruxelles 1998, p.57.

Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés. *Rev. sociétés* 1984, p. 243.

L'ingénierie patrimoniale abusive. *Dr. et patrimoine*, mai 1996, p. 46.

Projet de loi de sécurité financière, modernisation du contrôle légal des comptes et transparence. *J.C.P. éd. E.* 2003, act., n° 55.

Vers un nouveau droit des groupes. *Petites affiches* 18 avril 1997, n° 97, p. 4.

Le régime des offres publiques issu de la loi sur les N.R.E. *D.* 2001, chron., p. 1778.

Première traduction législative de la *corporate governance* : la loi sur les fonds de pension. *D.* 1997, chron., p. 241.

Les dispositions de la loi sécurité financière intéressant le droit des sociétés. *J.C.P. éd. E.* 2003, p. 1290.

COZIAN (M.) et PEIGNELIN (A.-S.)

Un "sac d'embrouilles" : le régime fiscal des sociétés de personnes relevant de l'impôt sur le revenu. *Dr. fiscal* 1994, n° 5, p. 205.

COZIAN (M.)

Comment appeler en renfort un partenaire financier sans perdre le contrôle de son entreprise ? (Nouvelle version de la fable Le savetier et le financier). *Petites Affiches* 19 février 1997, p. 4

Contribuables de tous états : mettez vous en société. De l'art et la manière de mieux gérer son entreprise ou son patrimoine. *R.F. compt.* 1992, n° 238, p. 61.

Du bon usage des sociétés civiles immobilières. *D.* 1994, chron., p. 199.

Du nu-proprétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? *J.C.P. éd. E.* 1994, I, 374.

Images fiscales : transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés. *In Les grands principes de la fiscalité des entreprises*. Litec, 1996, p. 253.

L'art de minimiser l'imposition des plus-values : transformer les immeubles en titres de participation. *Petites affiches* 1999, n° 180, p. 3.

L'usufruitier des droits sociaux a-t-il ou non la qualité d'associé ? (ou controverse pour un concert à trois plumes). *J.C.P. éd. E.* 2003, comm. 946, p. 1038.

La théorie de l'acte anormal de gestion. *Defrénois* 1994, art. 35829.

La notion d'abus de droit. *In Les grands principes de la fiscalité des entreprises*. Litec, 1996, p. 17.

Le charme discret des sociétés civiles immobilières. *In Les grands principes de la fiscalité des entreprises*. Litec, 1996, p. 305.

Le principe de liberté d'affectation comptable dans le cadre des bénéfices industriels et commerciaux. *Dr. fiscal* 2002, p. 294.

Les abandons de créances. *In Les grands principes de la fiscalité des entreprises*. Litec, 1996, p. 420.

Peut-on immoler une société à l'intérêt du groupe ? L'arrêt Sofige du 21 juin 1995. *J.C.P. éd. E.* 1996, 524.

Propos désobligeants sur une « tarte à la crème » : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal. *In Les grands principes de la fiscalité des entreprises*. Litec, 1996, p. 3.
Société civile immobilière – société d'exploitation, est-ce vraiment un couple infernal ? J.C.P. éd. E. 1997, I, 634, p. 107.
Transformation de société et abus de droit. *In Les grands principes de la fiscalité des entreprises*. Litec, 1996, p. 67.
Un « traquenard » : les sociétés civiles à objet commercial. *In Les grands principes de la fiscalité des entreprises*. Litec, 1996, p. 260.
Une certaine idée de la fiscalité. *La revue de fiscalité notariale*. Avril 2002, n° 1, Entretien n° 1, p. 13.
Une révolte fiscale d'un genre nouveau ; des milliardaires se liguant pour sauver l'impôt sur les successions. *Petites affiches* 2001, n° 129, p. 4.

CREDOT (F.J.) et GERARD (Y.)

La loi de modernisation des activités financières. *Rev. dr. banc.* septembre-octobre 1996, n° 57, p. 189.

CUTAJAR (C.)

Le montage S.C.I./Société d'exploitation à l'épreuve de l'extension jurisprudentielle de la procédure collective. *Bull. Joly* 1999, § 247, p. 1057.

DAGOT (M.)

Sûretés réelles contre sûretés personnelles. J.C.P. éd. N. 1986, I, 93.

DAIGRE (J.-J.)

Défense de l'E.U.R.L. J.C.P. 1986, I, 3225.

Du fonds libéral en général. *In Etudes à la mémoire d'Alain SAYAG : droit et vie des affaires*. Litec, 1997, p. 191.

Faut-il banaliser la société par actions simplifiée ? J.C.P. éd. E. 1999, p. 977.

L'information de l'investisseur sur les marchés spéculatifs. *Rev. dr. banc.* novembre-décembre 2002, n° 6, p. 352.

La S.E.L.A.R.L. unipersonnelle, légalité, intérêts et inconvénients. *Bull. Joly* 2000, § 51, p. 255.

La société d'exercice libéral. *Bull. Joly* 1991, § 83, p. 243.

Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ? J.C.P. éd. E. 1996, I, 575.

Le juge et l'arbitre face aux dispositions de l'art. 1843-4 du Code civil. *Bull. Joly* 1996, § 277, p. 789.

Les groupes. *In La modernisation du droit des sociétés*. Joly éditions, 1997, p. 59.

Loi MURCEF du 11 décembre 2001. J.C.P. éd. E. 2002, p. 165.

Pour une conception stroboscopique de la compétence des autorités de régulation. *Rev. dr. banc.* juillet-août 2000, n° 4, p. 25.

S.C.P. : l'associé en industrie est un associé en capital en puissance. *Bull. Joly* 1998, § 349, p. 1131.

Transformer les sociétés. C.D.E. 1995/2, p. 16, n° 2.

Un arrêt de principe : le nu-proprétaire de droits sociaux ne peut pas être privé totalement de son droit de vote. *Bull. Joly* 1994, § 62, p. 249.

Une évolution jurisprudentielle bienvenue. Le non cumul de l'action en comblement de passif et des actions en responsabilité du droit commun. *Bull. Joly* 1995, § 346, p. 953.

DAIGRE (J.-J.) et DEPRez-GRAFF (A.)

Droit boursier et marchés financiers. J.C.P. éd. E. 2003, chron. 314, p. 364.

DAIGRE (J.-J.) et HALLOUIN (J.-C.)

L'entreprise se structure. C.D.E. 1999/2, p. 21.

DALLERAC (H.)

Protéger, c'est aussi surveiller, contrôler et sanctionner. *Bull. mensuel COB* novembre 2001, p. 1.

DANET (D.) et CARCREFF (P.)

Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes avec celle de contribution aux pertes. *Gaz. Pal.* 1976, I, doct., p. 145.

DAUBLON (G.)

Remarques sur l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. *Defrénois* 1986, art. 33641.

Patrimoine d'affectation et entreprise. *Defrénois* 1984, art. 33182.

Regards sur le vingtième siècle. *Defrénois* 2001, art. 37277.

La responsabilité indéfinie des associés de sociétés de personnes vis-à-vis des tiers. *Defrénois* 2003, art. 37723.

DAVID (C.)

Commentaire de l'art. 11 de la loi de finance pour 2000 sur la transmission successorale des entreprises. *Bull. Joly* 2000, § 50, p. 247.

DAVID (J.)

Présent et avenir de l'E.A.R.L. *J.C.P. éd. N.* 1986, I, 267.

DE GAUDEMARIS (M.)

Théorie de l'apparence et sociétés. *Rev. sociétés* 1991, p. 465.

DE MAINTENANT (L.)

Immeubles ou parts de sociétés immobilières : que faut-il préférer depuis la réforme des droits de mutation ? *Dr. et patrimoine*, juin 1999, p. 43.

DEBOISSY (Fl.)

Le régime fiscal de l'apport en jouissance. *R.J. com.* 1999, p. 353.

DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.)

La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux. *R.T.D. civ.* 2000, p. 225.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)

Mariage et sociétés. *In Etudes dédiées à René Roblot : aspects actuels du droit commercial français.* L.G.D.J., 1984, p. 271.

DELEBECQUE (Ph.)

Groupes de sociétés et procédures collectives : confusion de patrimoine et responsabilité des membres du groupe. *Rev. procédures collectives* 1998-2, p. 129.
Nantissement et saisie. *Rev. sociétés* 1999, p. 599.

DELFOSE (A.)

La détention d'un immeuble par sociétés interposées. *J.C.P. éd. N.* 1996, prat. 3732, p. 740.
S.C.I. : l'intérêt du capital social. *L'informateur judiciaire* 26 avril 1991, p. 1.
Sociétés civiles : la protection de l'associé mineur. *Conseils par des notaires*, n° 194 du 26 décembre 1995.
Société civile immobilière et stratégies fiscales. *Dr. sociétés*, mai 1994, p. 1.

DELGA (J.)

Ethique, éthique d'entreprise, éthique du gouvernement d'entreprise. *D.* 1999, chron., p. 397.

DELGADO (J.)

Réflexions sur les sociétés civiles face au mineur. *J.C.P. éd. N.* 1995, p. 601.

DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.)

Usufruit et famille : incidence successorales. *In 95^e Congrès des Notaires : Demain, la famille.* Petites Affiches du 28 avril 1999, n° 84.

DELORY (C.)

La fiscalité de l'investissement forestier. *Notaires, vie pratique* juillet-août 2003. Numéro spécial Forêt privée, p. 29.

DEMOUSTIER (D.)

Des structures diversifiées à la croisée des chemins. *In DEFOURNY (J.), FAVREAU (L.) et LAVILLE (J.-L.) Insertion et nouvelle économie sociale. Un bilan international.* Ed. Desclée de Brouwer, 1998, p. 41.

DEPONDY (A.)

Réflexion sur le partage de la plus-value entre le nu-proprétaire et l'usufruitier de valeurs mobilières. *Dr. et patrimoine*, septembre 1999, p. 26.

- Régime des stock-options. Donation de titres et conséquences fiscales. Dr. et patrimoine, avril 2001, p. 37.
Variations sur la personnalité morale des sociétés de personnes. J.C.P. éd. N. 1999, p. 1133.
- DEPOND (A.) et EMMENECKER (A.)**
L'instruction du 13 juin 2001 et les donations de titres. Dr. et patrimoine, mai 2002, p. 18.
- DEPOND (A.) et FERNOUX (P.)**
La société civile de portefeuille. Dr. et patrimoine, octobre 1995, p. 51.
- DEREU (M.)**
Qualification de société créée de fait. Bull. Joly 1998, § 204, p. 607.
- DEROUIN (P.)**
La transparence fiscale des sociétés de personnes. Dr. fiscal 1997, n° 50, p. 1443, et n° 51, p. 1484.
- DERRUPE (J.)**
Rapport de synthèse sur *L'endettement. Travaux de l'association H. Capitant. Journées Argentines 1995*, tome XLVI, L.G.D.J., 1997.
E.U.R.L. – loi du 11 juillet 1985. R.T.D. com. 1985, p. 738.
Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions. Defrénois 1994, art. 35894.
Propos impertinents pour une révolution fiscale. *In mélanges en l'honneur de Christian Gavalda : propos impertinents de droit des affaires*. Dalloz, 2001, p. 101.
- DESBRIERES (P.)**
Les limites des stock-options. Banque, avril 2000, p. 35.
- DESCHEEMAECCKER (P.)**
Nouvelles réglementations internationales des sociétés cotées : les principales dispositions du *Sarbanes-Oxley act of 2002*. Bull. Joly 2003, § 1, p. 5.
- DESCORPS-DECLERE (F.)**
Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux. R.T.D. com. 2003, p. 25.
- DESJARDINS (C.)**
Donner le pouvoir à l'un de ses enfants sans léser l'autre grâce à une S.A.S. Option finances, 7 septembre 1998, n° 513, p. 18.
- DESLANDES (M.)**
Le dispositif d'allègement des droits de succession dus sur les transmissions d'entreprises sociétaires. J.C.P. éd. N. 2002, p. 1231.
Société civile et gestion fiscale de la transmission de l'immeuble. Petites affiches 23 et 25 septembre 1992, p. 1 et p. 1.
Société civile, habileté fiscale et abus de droit. Dr. et patrimoine, décembre 1998, p. 51.
Une entreprise à risques : louer son logement à sa S.C.I. Rev. dr. banc. septembre-octobre 1994. Cahier de gestion de patrimoine, n° 45, p. 2.
- DESMONTS (W.)**
L'homme, le capital le plus précieux. Alternatives économiques mai 1997, p. 54-57.
- D.F.**
La S.C.I. utilisée comme support de capitalisation de revenus locatifs. Dr. et patrimoine, juillet/août 1995, p. 19.
- DIDIER (P.)**
L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? C.D.E. 1994/5, p. 20.
Les conventions de vote. *In Ecrits en hommage à Jean Foyer*. PUF, 1997, p. 341.
Théorie économique et droit des sociétés. *In Etudes à la mémoire d'Alain Sayag : droit et vie des affaires*. Litec, 1997, p. 227
- DIENER (P.)**
Ethique et droit des affaires. D. 1993, chron., p. 18.

La S.N.C. dont tous les associés sont des E.U.R.L. J.C.P. éd. E. 1992, I, p. 153.
Pathologie juridique et doctrine universitaire en droit des affaires. D. 1997, chron., p. 147.
Un abus de personnalité morale : les sociétés en sommeil. In *Dix ans de droit de l'entreprise*. Editions techniques, 1978, n° 29, p. 97.
Réalités et mirages de la défiscalisation. Dr. et patrimoine, juillet/août 1993, p. 55.
La défiscalisation par entreprises fictives. D. 1992, chron., p. 281.

DION (N.)

Corporate governance et sociétés françaises. Dr. sociétés juillet-août 1995, p. I.

DOM (J.-Ph.)

Cumul des mandats : et si le remède s'avérait pire que le mal ? Bull. Joly 2002, § 243, p. 1095.

DUBOST (P.)

Examen de notaire (comparaison entre les statuts des indivisaires et des associés). J.C.P. éd. N. 1996, p. 876.

DUCOULOUX-FAVARD (Cl.)

Société d'un seul, entreprise unipersonnelle. Gaz. Pal. 1990, doct., p. 577.

DUFLOUX (Cl.)

Validité d'une sanction et fiscalité des indemnités de licenciement. D. 2000, chron., p. 585

DUHEM (J.)

Dispositif Besson, ou le triomphe de la fiscalité compliquée... J.C.P. éd. N. 2000, p. 19

I.S.F. : Chronique d'une année ordinaire. J.C.P. éd. N. 2002, n° 1322, p. 801.

Le P.E.A. : un instrument de gestion de patrimoine sous surveillance fiscale. J.C.P. éd. N. 2000, p. 1326.

Revenus fonciers : l'option pour le régime micro présente-t-il un intérêt ? R.F. compt. 1998, n° 63, p. 32.

Doctrine, faut-il craindre les dispositions de l'art. 92-2 C.G.I. ? A propos de l'imposition des profits provenant d'opérations de bourse effectuées à titre habituel par des particuliers. J.C.P. éd. N. 2001. p. 1559.

DURAND (Ph.)

Les sociétés de personnes mal aimées de la fiscalité ? La revue administrative 1998, n° 304, p. 500.

DUVAL (G.)

Le déséquilibre français : trop d'épargne, pas assez d'investissement. *Alternatives économiques*, avril 1997, p. 68.

EDWARDS (O.)

Sept propositions pour que les B.C.E. deviennent de vrais relais de croissance. Rev. dr. banc. mars-avril 2000, p. 143.

ENGEL (P.)

Associé et créancier : l'apporteur en jouissance dans les sociétés de capitaux. J.C.P. éd. E. 1998, p. 2056.

L'apporteur en industrie dans une S.C.P. a-t-il droit à une indemnité en cas de retrait ? J.C.P. éd. E. 1999, p. 1376.

ETAIN (P.)

Les aménagements contractuels en faveur des cédants à la suite d'une cession de contrôle dans les sociétés anonymes. Dr. sociétés juillet 2001, p. 4

FARJAT (G.)

Réflexion sur les codes de conduite privés In *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. Goldman*. Litec, 1982, p 43.

FELIX (C.)

De l'importance du capital social dans certaines S.C.I. J.C.P. 1984, I, 13.

FERNOUX (P.)

S.C.I. : les risques d'abus de droit. *Droit et patrimoine*, juin 1995, p. 20.

Les actualités fiscales et jurisprudentielles. J.C.P. éd. N. 1999, p. 1104.

L'impôt sur le revenu ou comment décourager l'activité professionnelle. *Rev. dr. banc.* septembre-octobre 1999. Supplément Ingénierie patrimoniale, p. 2.

S.C.I. et démembrement de propriété : contribuables... Résistez. *Dr. et patrimoine*, mai 1998, p. 29.

FERRE-ANDRE (S.)

De la patrimonialisation à la commercialisation des clientèles civiles. *R.T.D. civ.* 1995, p. 565.

FLAICHER-MANEVAL (E.) et PEYRAMAURE (P.)

L'utilisation de la société civile dans la transmission des entreprises. *Petites affiches* 25 janvier 2000, n° 17, p. 6.

FLECHEUX (G.)

Ingénierie juridique et déontologie. *C.D.E.* 1993/2, p. 40.

FLORES (G.) et MESTRE (J.)

L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. *Rev. sociétés* 1986, p. 15.

FORGEARD (M.-C.)

Cas pratique. *Defrénois* 2002, art. 37483.

Cas pratique sur la constitution d'un GAEC. *Defrénois* 2003, art. 37799.

Solutions d'examens de notaire. *Defrénois* 1997, art. 36456.

FOUQUET (O.)

La distinction entre acte anormal de gestion et abus de droit. *Dr. fiscal* 1992, n° 46, comm. 2151.

FOYER (J.)

Faut-il un droit des groupes de sociétés ? *R.J. com.* 1996, p. 165.

FRACHOT (A.)

Effets de richesse, épargne salariale et théorie des options. *Banque*, mars 2003, p. 81 (*Banque* janvier 2001 pour la version intégrale de l'article).

FREMINET (P. de)

Réforme de l'avoir fiscal : bases de réflexion. *Dr. fiscal* 2003, p. 925.

FREYRIA (C.)

La personnalité morale à la dérive. *In Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrido* Dalloz, 1991 p. 122.

Le prix de vente symbolique. *D.* 1997, chron., p. 51.

Réflexions sur le plan d'épargne entreprise. *In Mélanges offerts à Jean Derruppé*. Litec, 1991, p. 205.

FRISON-ROCHE (M.-A.)

Sociologie juridique du patrimoine : la réalité de la règle de l'unicité du patrimoine. Rapport général de recherche. Laboratoire de sociologie juridique de l'Université de Paris II, 1995.

Droit économique, concentration capitalistique et marché. *In Mélanges en l'honneur de G. Farjat. Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue ?* Ed. Frison-Roche, 1999, p. 397.

L'invitation de l'art. 52 de la loi bancaire. *Rev. dr. banc.* mai-juin 1996, n° 55, p. 86.

La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées. *In Mélanges A.E.D.B.F. I sous la direction de J.-P. Mattout et H. de Vauplane, droit bancaire et financier*, 1997, p. 189.

FRISON-ROCHE (M.-A.) et BERGER (P.)

Les liens juridiques entre l'incubateur et l'incubé. Le contrat d'incubation. *Rev. dr. banc.* mars-avril 2000, n° 2, p. 131.

FROSSARD (J.)

L'immeuble et le droit commercial. R.T.D. com. 1966, p. 536.

GALLIMARD (M.)

La transmission d'entreprise in *Etudes à la mémoire du doyen Pierre Azard : Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise*. Cujas, Paris, 1980, p. 65.

GARCON (J.-P.)

La séparation de l'actif immobilier et de l'actif commercial par superposition de deux sociétés civile et commerciale et la confusion des patrimoines. Bull. Joly 1996, § 327, p. 901.

La libération différée du capital social des S.C.I. de gestion. J.C.P. éd. N. 1993, doctr., p. 431.

Le divorce patrimonial des associés d'une S.C.I. de gestion et le maintien d'un associé dans l'immeuble social. J.C.P. éd. N. 2000, p. 1159.

GASTAUD (J.-P.)

L'associé de passage ... ou l'investissement du créateur d'entreprise et des salariés. (stock-options et bons de croissance). In *procédures collectives et droit des affaires. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*. Ed. Frison-Roche, 2000, p. 267.

Stock-options et bons de croissance. Rev. dr. banc. mars-avril 2000, p. 140.

GAUDET (R.)

Sortie d'actif immobilier : le recours à la technique de la scission. Dr et patrimoine juillet/août 1995, p. 22.

GAUDU (F.)

Les lacunes de la loi du 24 juillet 1966. La participation des salariés. Rev. sociétés 1996, p. 471.

GAUTIER (P.-Y.)

Haute aux mirages de la personnalité morale. R.T.D. civ. 1995, p. 644 ; R.T.D. civ 1997, p. 443.

GEFFROY (J.-B.)

De la discrimination à la confiscation. Les droits de succession en question. R.F. fin. pub. 1997, n° 59, p. 177

GENTILHOMME (R.)

La dissociation du pouvoir et de l'avoir dans la transmission familiale de l'entreprise sociétaire. Dr. et patrimoine, septembre 2001, p. 46.

Peut-on abuser du droit de donner ? J.C.P. éd. N. 1998, p. 945.

Usufruit : chronique d'une mort fiscale annoncée. Rev. dr. banc. juillet-août 1998. Supplément ingénierie patrimoniale, n° 68, p. 3.

GENY (Fr.)

Le particularisme du droit fiscal. R.T.D. civ. 1931, p. 797.

GERBINO (E.)

La notion de prépondérance immobilière au regard de l'imposition des plus-values privées en droit interne faux débat ou vrai problème ? Dr. fiscal 2000, n° 6, p. 290.

GERMAIN (M.)

La S.A.S libérée. J.C.P. éd. E. 1999, 1505.

Le droit de vote. Petites Affiches 4 mai 2001, p. 9.

Les sociétés qui font appel public à l'épargne. In *la Modernisation du droit des sociétés*. Ouvrage collectif dirigé par DAIGRE (J.-J.) GLN Joly 1997, p. 31.

Propriété et contrôle, introduction (juridique) à un débat. Revue internationale de droit économique 1990, p 261.

GERMAIN (M.) et NOURY (M.-A.)

La loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières. J.C.P. 1997, I, 4022, n° 21.

GERSCHEL (G.)

La filialisation par une association de son activité lucrative. Rev. sociétés 1998, p. 741.

- GIBIRALA (D.)**
L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles. *Defrénois* 1998, art. 36808.
- GILBERT (G.)**
La théorie économique de l'impôt optimal. *R.F. Fin. Pub.* 1996, n° 55, p. 93.
- GILLES (D.)**
Les écueils de la transmission d'entreprise par voie de donation indirecte. *Droit et patrimoine*, octobre 1994, p. 5.
- GISSEROT (F.)**
La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de faillite ? *R.T.D. civ.* 1997, p. 49.
- GIZARD (B.) et DESCHANEL (J.-P.)**
Déontologie financière et pouvoir disciplinaire. In *Mélanges A.E.D.B.F. III. Droit bancaire et Financier*. Banque éditeur, 2001, p. 157.
- GLOTIN (M.-Ch.)**
Les délibérations sociales par télétransmission. *J.C.P. éd. E.* 2002, p. 722.
- GODE (P.)**
La pratique des affaires dans le cadre d'un groupe de sociétés. *Petites Affiches* 19 novembre 1997, n° 139, numéro spécial « pratique des affaires et contrôle judiciaire », p. 12.
- GONSARD (S.)**
Société civile : pour organiser la détention d'actifs. *Gestion de fortune* mai 1999, p. 46.
- GORE (F.)**
La notion de capital social. In *Etudes offertes à René Rodière*. Dalloz, 1981, p. 85.
- GOUBEAUX (G.)**
Personnalité morale, droit des personnes et droit de biens In *Etudes dédiées à René Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*. L.G.D.J., 1984, p. 199.
- GOULARD (G.)**
La reconnaissance de la qualité de propriétaire aux associés de S.C.L. non transparentes. *R.J.F.* 1994, n° 4, p. 251.
Que reste-t-il de l'autonomie du droit fiscal ? *R.J.F.* 1995, n° 5, p. 322.
- GOUTAY (Ph.)**
La notion de valeur mobilière. *D.* 1999, p. 226.
- GOUYET (R.)**
Le choix de la S.E.L. comme mode d'exercice de l'activité libérale. *Petites Affiches* 12 avril 2000, n° 73, p. 4.
Chronique d'une polémique annoncée : l'autonomie du droit fiscal. *Petites affiches* 2000, n° 118, p. 4.
- GRANGE (J.) et alii**
Doctrines, épargne salariale. *Actes pratiques* 2001, n° 57.
- GRANIER (T.)**
La notion d'appel à l'épargne publique. *Rev. sociétés* 1992, p. 687.
- GRIDEL (J.-P.)**
La personne morale en droit français. *R.I.D. comp.* 1990, p. 495.
- GRILLET-PONTON (D.)**
Un exercice d'ingénierie fiscale : « l'instrumentalisation » du barème de l'article 762 du CGI. *Dr. et patrimoine*, mars 2002, p. 18.
- GRIMALDI (M.) et REYNIS (B.)**

Brèves réflexions d'avant congrès sur le patrimoine professionnel. Defrénois 1987, art. 33947.

GRIMALDI (M.)

La fiducie : réflexion sur l'institution et sur l'avant projet de loi qui la consacre. Defrénois 1991, art. 35085.

Les conditions de validité du partage d'ascendant. Defrénois 1992, n° 35322.

GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (P.)

Sur le caractère volontaire de l'assujettissement des sociétés à l'impôt. *In Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg*. Bruxelles /Bruylant 2000, p. 417.

GROSCLAUDE (J.)

De l'inconstitutionnalité de l'imposition de la fortune en Allemagne et en France. *Dr. fiscal* 2002, p. 879.

GROSS (T.)

La GmbH & Co KG, forme particulière de société commerciale du droit allemand. *Rev. sociétés*. 1972, p. 657.

GUICHENDUC (J.)

L'épargne salariale : une composante essentielle de la rémunération globale. *Banque*, septembre 2003, p. 37.

GUILLAUME (H.)

Introduction de la gestion de la performance : huit exemples étrangers. *R.F. Fin. Pub.* 2001, n° 73, p. 129.

GUTMAN (D.)

Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Ressources du langage juridique. *In Archives de philosophie du droit : le droit et l'immatériel*, p. 65.

GUYON (Y.)

Le cas des O.P.C.V.M. *In Colloque « qu'est qu'un actionnaire ? » Rev. sociétés* 1999, p. 554.

De la distinction des sociétés et associations depuis la loi du 4 janvier 1978. *In Etudes offertes à P. Kayser*. Tome 1. P.U.A.M., 1979, p. 483.

Faut-il des associations d'actionnaires et d'investisseurs ? *Rev. sociétés* 1995, p. 207.

L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées. (Loi du 12 juillet 1999 art. 3). *Rev. sociétés* 1999, p. 505.

La distribution gratuite d'actions aux salariés. *J.C.P.* 1981, I, 3006.

La fraternité dans le droit des sociétés. *Rev. sociétés* 1989, p. 439.

La société anonyme, une démocratie parfaite ! *In mélanges en l'honneur de Christian Guvalda : propos impertinents de droit des affaires*. Dalloz, 2001, p. 133.

Le cas des organismes de placement collectif en valeurs mobilières. *Rev. sociétés* 1999, p. 551.

Les apports en industries dans les S.C.P. Defrénois 1999, art. 36918.

Liberté contractuelle et droit des sociétés. *R. J. com.* avril 2003, p. 147.

HAMEL (J.)

La personnalité morale et ses limites. *D.* 1949, chron., p.141.

L'affectio societatis. *R.T.D. civ.* 1925, p. 761.

HANNOUN (C.)

Peut-on éviter la responsabilité pénale des dirigeants ? *Agora* n° 35, juillet 2002, p. 23.

Les conventions portant transfert du contrôle et la transparence des sociétés. *D.* 1994, p. 64.

HANOTAUX (P.)

L'épargne salariale au cœur du contrat social. *In Regards sur l'actualité* n° 262, juin 2000, La Documentation française, p. 7.

HATOUX (B.)

L'évaluation des biens en matière d'enregistrement. *R.J.F.* 2002, n° 2, p. 117.

HERAIL (M.)

Régulation des mouvements des associés dans les sociétés coopératives. Dr. sociétés janvier 2002, p. 6.

HILAIRE (J.)

Histoire et droit des affaires entre utopie et réalisme. *In Etudes à la mémoire d'Alain SAYAG : droit et vie des affaires*. Litec, 1997, p. 61.

HONORAT (J.)

La prime de contrôle ou quand deux et deux ne font plus quatre. *In Propos impertinents de droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, 2001, p. 147.

HOONAKKER (P.)

L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société unipersonnelle oblige-t-elle l'associé unique au passif social ? J.C.P. éd. E. 2000, p. 933.

HOVASSE (H.), DESLANDES (M.) et GENTILHOMME (R.)

La séparation d'associés. Actes pratiques 1998, n° 36.
Apports de droits démembrés. Actes pratiques 1993, n° 10.
I.S.F. et entreprise sociétaire. Actes pratiques 2000, n° 49.

HOVASSE (H.)

Actualité des valeurs mobilières et des marchés financiers. J.C.P. éd. N. 1999, p. 1125.
Incapacité et valeurs mobilières. *Defrénois* 1995, art. 36036.
La responsabilité du conseil de gestion de patrimoine et le droit fiscal. Dr. et patrimoine, janvier 2000, p. 34.
La S.C.I. à l'épreuve de la procédure collective de son locataire. *Defrénois* 1996, art. 36377.
Les sociétés civiles de patrimoine. Dr. et patrimoine, juin 1998, n° 61, p. 46.
Les valeurs mobilières dématérialisées. J.C.P. éd. N. 1998, p. 1663.
PACS et portefeuille de valeurs mobilières. *Rev. dr. banc.* mai-juin 2000, n° 3, p. 188.
Sociétés de participation financière des professions libérales. Dr. sociétés décembre 2002, comm. 225, p. 32.
I.S.F. et forme sociale. J.C.P. éd. E. 2000, p. 1270.
Le nouveau régime d'imposition des plus-values en cas de démembrement de droits sociaux : ombres et lumières. Dr. et patrimoine, septembre 2002, p. 49 et s.

HOVASSE (H.) et alii

Les titres complexes dans les sociétés non cotées. Actes pratiques 1997, n° 31.

HURSTEL (D.) et MOUGER (J.)

La loi Sarbanes-Oxley doit-elle inspirer une réforme du gouvernement d'entreprise en France ? *Rev. sociétés* 2003, p. 13.

IVAINER (T.)

L'ambiguïté dans les contrats. D. 1976, chron., p. 153.

JACOMET (Th.), MATIGNON (Ph.) et MONTET (S.)

L.B.O. : utilisations de l'effet juridique et financier lors d'une acquisition. *Bull.* Joly 1990, § 97, p. 415.

JADAUD (B.)

Droits et pouvoirs dans la donation-partage de parts sociales avec réserve de quasi-usufruit. J.C.P. éd. N. 1995, 3569.
Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ? J.C.P. éd. E. 2001, 1946.
Incidences fiscales des conditions de libération du capital des S.C.I. *Defrénois* 1992, art. 35253.

JACQUET (Me.)

Pour une judicieuse utilisation fiscale de la société civile. *Gaz. Pal.* 1991, doct., p. 179.

JACQUIN (J.-B.)

Aux sommets du CAC 40, la plus-value s'envole. *L'expansion* n° 628, 14-27 septembre 2000, p. 62.

JAULT-SESEKE (F.) et SESEKE (C.)

La petite société anonyme. *Bull.* Joly 1995, § 36, p. 139.

JEANTIN (M.)

Commentaire de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d'exercice libéral. J.C.P. 1991, I, 3504.

La cession massive des titres d'une société et la transmission du fonds de commerce. J.C.P. éd. N. 1988, I, 353.

La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978. D. 1978, chron., p. 173.

La transmission universelle du patrimoine d'une société. In *Mélanges offerts à Jean Derrupé*, Litec, 1991, p. 287.

Le rôle du juge en droit des sociétés. In *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* Dalloz, 1996, p. 149.

Observations sur la notion de catégories d'actions. D. 1995, chron., p. 88.

Sociétés coopératives ouvrières de production. Rép. Dalloz sociétés.

JEULAND (E.)

L'expertise commerciale. D. affaires 2000, p. 209.

JOBARD (J.-P.)

Business ethics et déontologie des activités financières : existe-t-il un modèle français ? In *Ethique, déontologie et gestion de l'entreprise* sous la coordination de H. de la Bruslerie. Economica, 1992, p. 70.

JOINVILLE (A.)

Les structures juridiques des opérations de défiscalisation. Dr et patrimoine, mai 1995, p. 30.

JULIEN-SAINT-AMAND (P.)

Le démembrement de propriété combiné à l'apport en société de biens immobiliers. Droit et patrimoine, mars 1996, p. 22.

LACHAIZE (H.)

Le fiscaliste est d'abord un civiliste. Nouvelles fiscales 2002, n° 77, p. 81.

LAGARDE (P.)

Le fonds d'amorçage et le capital-risque. Rev. dr. banc. mars-avril 2000, n° 2, p. 137.

LAMBERT-FAIVRE (Y.)

L'entreprise et ses formes juridiques. R.T.D. com. 1968, p. 907.

LANDEROIN (J.)

La donation-partage avec attribution à un tiers d'une entreprise individuelle. In *Mélanges offerts à Jean Derrupé*. Litec, 1991, p. 302.

LAMBERT-WIBER (S.)

Le principe d'unité du patrimoine à l'épreuve de la responsabilité financière d'une personne mariée sous le régime de communauté. Defrénois 1999, n° 37059.

LAMOUR (M.-P.)

La responsabilité personnelle des associés. D. 2003, cahier de droit des affaires, chron., p. 51.

LARROUMET (C.)

La Fiducie inspirée du Trust. D. 1990, chron., p. 119.

LASSALAS (C.)

L'actionariat des salariés. In *Mélanges J. Stoufflet*, L.G.D.J., 2001, p. 165.

LATHELIZE-BONNEMAISON (M.)

Bilan et perspectives du devoir de loyauté en droit des sociétés. Petites Affiches 23 juin 2000, n° 125, p. 7.

LAUDE (A.)

L'ombage des informations financières in Dossier "l'information financière". Rev. dr. banc. novembre-décembre 2000, n° 6, p. 383.

LAURE (M.)

La science fiscale : un carrefour de disciplines. In *Savoir innover en droit. Hommage à Lucien Mehl*. La Documentation française, 1999, p. 27.

LAYE-BAFFERT (C.) et DADOIT (M.)

Le sort des stock-options dans les pactes de communauté et les transmissions familiales. *Defrénois* 2002, art. 37581.

LE CANNU (P.)

Existe-t-il un droit commun des sociétés ? In *Prospectives de droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*. Dalloz 1999, p. 247.

Inexistence ou nullité des sociétés fictives. *Bull. Joly* 1992, § 274, p. 875.

L'acquisition de la qualité d'actionnaire. *Rev. sociétés* 1999, p. 519.

L'ambiguïté d'un concept négatif : les valeurs mobilières. *Bull. Joly* 1993, § 113, p. 395.

La S.A.S. pour tous. *Bull. Joly* 1999, § 198, p. 841.

Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions. *Bull. Joly* 1995, § 227, p. 637.

LE FEVRE (A.)

La participation des salariés aux conseils d'administration ou de surveillance des S.A. *Rev. sociétés* 1987, p. 189.

LE GALL (C.-P.)

Le concept de fiducie dans le projet de loi sur la fiducie. *Gaz. Pal.* 1992, art. 60611.

L'autonomie du droit fiscal. In *Clés pour le siècle*. Université Panthéon-Assas/Paris II, Dalloz, 2000, p. 556.

LE GOFF (J.-P.)

Les sociétés coopératives de consommation. *Gaz. Pal.* 1970, II, doct., p. 36.

LE NABASQUE (H.)

Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés. *R.T.D. com.* 1999, p. 273.

La loi oblige-t-elle à révéler le nom des bénéficiaires des stock options ? *J.C.P.* 2000 éd. E., p. 116 et *Dr. sociétés* décembre 1999, p. 3.

LE NABASQUE (H.) et REYGROBELLET (A.)

La transmission des valeurs mobilières et l'inscription en compte. *Rev. dr. banc.* juillet-août 2000, n° 4, p. 262.

LEHMANN (P.-J.)

L'influence de la fiscalité de l'épargne sur les placements en France. *R.F. fin. pub.* 2000, n° 72, p. 63.

LEQUETTE (Y.)

De l'ordre de réductions des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs. *D.* 1996, chron., p. 231.

LE TOURNEAU (P.)

La verueur de la faute dans la responsabilité civile (ou la relativité de son déclin). *R.T.D. civ.* 1988, p. 505.

LE VEY (P.)

La société anonyme à participation ouvrière. *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 173-50.

Les sociétés coopératives ouvrières de production. *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 170-10.

LECLERC (Fr.)

Que reste-t-il des nullités de société en droit français après l'arrêt *Marleasing* ? *R.J. com.* 1992, p. 321.

LEGIER (G.)

Echange. *Rép. Dalloz civ.*, n° 16.

LEHERISSEL (H.)

Bons de créateurs d'entreprise : une novation encourageante. Options finances n° 492 du 23 mars 1998, p. 24.

LEONNET (J.)

Ethique des affaires et droit des contrats. D. affaires 1995, p. 57.

LEVENEUR (L.)

La liberté contractuelle en droit privé. A.J.D.A. 1998, p. 676.

LIENHARD (A.)

L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel. D. 2003, p. 1898.

Loi pour l'initiative économique : quoi de neuf pour les sociétés ? D. 2003, chron., p. 1900.

Loi de sécurité financière : quoi de neuf pour les sociétés ? D. 2003, chron., p. 1996.

LINOTTE (D.) et ATIAS (Ch.)

Le mythe de l'adaptation du droit au fait. D. 1977, chron., p. 251.

LUBY (M.)

Le droit communautaire des sociétés en 2002, coup de houle à l'horizon. Dr. sociétés mai 2003, chron. 5, p. 8.

« L'obstacle nous fait grands ! » (ou les suites de l'affaire ENRON ...) Dr. sociétés novembre 2002, rep. 11, p. 3.

LUCAS (F.-X.)

La réparation du préjudice causé par un abus de minorité en droit des sociétés. Petites affiches 12 septembre 1997, n° 110, p. 6.

La transmission universelle de patrimoine à l'occasion de la dissolution d'une société à personne après la loi N.R.E. Actes pratiques Janvier-février 2002, p. 33.

Les conséquences du défaut d'immatriculation des sociétés civiles anciennes. Dr. sociétés juillet 2003, chron. 7, p. 7.

Retour sur la notion de valeur mobilière. Bull. July 2000, § 185, p. 765.

Les compagnons d'Emmaüs et le droit des sociétés. Dr. sociétés mars 2002, rep. 03, p. 3.

Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Rev. dr. banc. juillet-août 2002, p. 216.

LUCET (Fr.) et GIRAUD (I.)

Le mariage d'une société « pilote » avec une société en commandite par actions. Dr. et patrimoine, mai 2001, p. 20.

Parts sociales démembrées et imposition du résultat. Dr. fiscal 1999, n° 36, p. 1074.

LUCET (Fr.)

A propos de la répartition de l'ISF entre usufruitier et nu-proprétaire. Defrénois 1999, art. 36958.

LYON-CAEN (G.)

L'exercice en société des professions libérales en droit français. D. 1975, p. 48.

MABRU (J.-P.)

Stock-options et liquidation de communauté : arguments pour une controverse. Dr. et patrimoine, janvier 1999, p. 32.

MAIA (J.)

Le passage au régime fiscal des sociétés de personnes : un risque d'entrer dans un sac d'embrouilles. R.J.F. 2000, n° 11, p. 766.

MAILLARD (P.)

Qu'appelle-t-on l'épargne salariale ? Banque, avril 2000, p. 21.

MAINGUY (D.)

L'abus de droit dans les contrats. C.D.E. 1998 6, p. 1.

MAIRE (C.)

Créer une holding de contrôle. Option finance 1989, n° 74.

MAISTRE DU CHAMBON (P.)

Abus de biens sociaux. Dr. pénal 2000, n° 12 bis, p. 12.

MAGNIEN (M.)

Panorama des nouveaux risques d'attaque en matière pénale à l'encontre des dirigeants. Dr. et patrimoine, juin 2001, p. 26.

MALAURIE (P.)

Nature juridique de la personnalité morale. Defrénois 1990, art. 34848.

MALECKI (C.)

Cumul des mandats : la réforme de la loi N.R.E. D. 2002, chron., p. 3066.

Les retouches apportées au régime des conventions par le projet de loi de sécurité financière. D. 2003, chron. p. 1350.

Règles de cumul global des mandats : les précisions du projet de loi de sécurité financière. D. 2003, point de vue, p. 1418.

La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel. D. 2003, chron., p. 2220.

MARIN (J.-C.)

La mission du juge dans la prévention des abus. R.J. com. 1991, p. 110.

MARCHAND (B.)

Examens de notaire. J.C.P. éd. N. 1996, p. 909.

MARRAU (R.)

Un paradoxe permanent des groupes de sociétés : indépendance contre unité économique de ses sociétés. Petites affiches 5 août 1996, n° 94, p. 4.

MARTIN (D.R.)

Valeurs mobilières : défense d'une théorie. D. 2001, chron., p. 1228.

De la nature corporelle des valeurs mobilières. D. 1996, chron., p. 47.

De l'inscription en comptes d'actifs scripturaux. D. 1998, chron., p. 15.

Du titre et de la négociabilité. D. 1993, chron., p. 20.

MARTIN-LAVIGNE (Y.)

La loi N.R.E. et le fonctionnement du comité d'entreprise : une réforme inachevée. Dr. sociétés novembre 2002, p. 5.

MARTIN-SERF (A.)

Faillite et personne morale. In *Etudes dédiées à René Roblot : aspects actuels du droit commercial français*. L.G.D.J., 1984, p. 449.

MARTY (G.)

La théorie de l'institution. In *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*. A. Pédone, 1969, p. 30.

MARTY (Y.)

La liquidité des parts de S.C.P.I. est-elle bien assurée ? Investir n° 559, 8 octobre 1984.

S.C.P.I. : le retour à la confiance. Banque mai 2000, p. 8.

S.C.P.I. : le poids des symboles. Banque mai 2003, p. 11.

MASSART (T.)

Une grande réforme à petit budget : la S.A.R.L. au capital à 1 euro. Bull. July 2002, § 289, p. 1361.

MAUBLANC (J.-P.)

L'imposition des cessions de parts dans les sociétés immobilières. A.J.D.I. 2001, p. 402.

MAUBRU (B.)

Abus de droit et fictivité des sociétés à l'épreuve de l'E.U.R.L. J.C.P. éd. N. 1986, I, 435.

- MAURO (J)**
L'URL. L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée : ménage à deux avec l'Etat ? En tout cas, un chance pour l'économie. *Gaz. pal.* 1986, doctr., p. 433.
- MBARGA (A)**
Les formes sociétaires de gestion du patrimoine immobilier à l'épreuve des procédures collectives. *Dr. sociétés* juillet 1999, p. 4.
- MEDA (D)**
Une mise en perspective de la valeur travail. *In Le Travail en perspectives. Sous la direction de A. Supiot.* L.G.D.J., 1998, p. 33.
- MEDAIL (V.) et VERGNOLE (P.)**
La société par actions simplifiée unipersonnelle : difficulté de mise en œuvre du contrôle des conventions réglementées. *J.C.P. éd. E.* 2000, p. 786.
- MEDAIL (V.) et AGAL (M.-C.)**
Le comité d'entreprise : interlocuteur obligé de l'assemblée générale. *J.C.P. éd. E.* 2002, p. 2051.
- MEDINA (A)**
L'intérêt personnel du dirigeant dans le délit d'abus de biens sociaux. *D.* 2000, jp, p. 319.
- MEIER (E.) et PERRON (T.)**
Les aides d'Etat comme instrument de lutte contre la concurrence fiscale dommageable : la pierre philosophale ? *Dr. fiscal* 2002, p. 136.
- MELKEVIK (B.)**
Utilitarisme et droit. Jeremy Bentham et John Stuart Mill. *In Horizons de philosophie du droit.* L'Harmattan, 1998, p. 57.
- MENJUCQ (M.)**
La société européenne : enfin l'aboutissement ! *D. affaires* 2004, p. 1085.
- MESTRE (J.)**
L'égalité en droit des sociétés. *Rev. sociétés* 1989, p. 399.
Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés. *R.J. com.* 1985, p. 81.
Éthique et droit des sociétés. *In procédures collectives et droit des affaires. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat.* Ed. Frison-Roche, 2000, p. 291.
- MEZGHANI (A.)**
L'illicite dans le commerce international : l'anomie de la société internationale. *In Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat.* Frison Roche, 1999, p. 193.
- MIALON (M.-F.)**
La réforme des sociétés coopératives ouvrières de production par la loi du 19 juillet 1978. *Dr. social* 1979, p. 211.
- MICHALAUSKAS (M.)**
La société coopérative d'intérêt collectif, un groupement en quête d'identité. *Rev. sociétés* 2002, p. 247.
- MIGNON (E.)**
La transparence n'est pas le vide. *R.J.F.* 1999, p. 931.
Que reste-t-il du principe de transparence fiscale des C.A.E.C. ? *R.J.F.* 2000, n° 4, p. 295.
Territorialisation de la fiscalité : le juge peut-il sauver le principe d'égalité ? *R.J.F.* 1999, n° 7, p. 511.
- MIRPIN-GUILHAUDIS (Y.) et RAFFRAY (J.-G.)**
La cession des clientèles libérales : une question réglée ? *J.C.P. éd. N.* 2003, 1483.
- MOHAMED SAIAH (M. M.)**

- La place des principes et des techniques civilistes dans le droit des affaires. R.J. com. 1998, p. 1 et p. 41.
- MONASSIER (B.)**
La société holding et la transmission de l'entreprise. J.C.P. éd. E. 1987, I, 16102.
- MONNET (J.)**
Les apports en industrie dans les S.A.R.L. depuis la loi N.R.E. Dr. sociétés avril 2002, comm. 66, p. 23.
- MOREAU (M.)**
Actionnariat des salariés. J.-Cl. Travail Traité, fasc. n° 27-25.
- MORIN (G.)**
Brèves remarques sur deux études relatives au contrat de mariage du chef d'entreprise et au rôle de la société holding dans la transmission de l'entreprise. Defrénois 1987, art. 34054.
- MORTIER (R.)**
Le marché des parts de S.C.P.I. depuis la réforme de 2002. Dr. et patrimoine, juin 2003, p. 29.
- MOURY (J.)**
Expertise de gestion : la concurrence indélicate de l'art. 145 N.C.P.C. In *Prospectives de droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*. Dalloz 1999, p. 297.
- MOUSOULAS (S.)**
La société unipersonnelle à responsabilité limitée, commentaire - application de la XII^e directive du conseil en matière de sociétés. Rev. sociétés 1990, p. 395.
- MOUSSERON (J.-M.)**
« Responsable mais pas coupable ». La gestion des risques d'inexécution du contrat. In *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 141.
La gestion des risques par le contrat. R.T.D. civ. 1988, p. 481.
- NEAU-LEDUC (P.)**
A propos de la réglementation des marchés financiers. In *mélanges M. Cabrillac*. Dalloz-Litec, 1999, p. 497.
- NEUVILLE (C.)**
C.O.B. ou C.M.F., qui doit contrôler la bourse ? In *La vie financière* août 2002, n° 2983, p. 15.
- NOTTE (G.)**
Les sociétés en sommeil. J.C.P. 1981, I, 3022.
Valeurs, biens et droits. In *Mélanges en l'honneur de André Breton et Fernand Derrida*. Dalloz, 1991, p. 283.
- NORMAND (P.-E.)**
Réflexion sur la place des apports en industrie dans les sociétés de capitaux d'exercice libéral. J.C.P. éd. N. 1990, p. 282.
- NOUEL (C.)**
Les bons de créateurs d'entreprise. Bull. July 2000, §1, p. 5.
Toutes les distributions de dividendes ouvrent-elles droit à l'avoir fiscal ? Bull. July 2002, § 2, p. 299.
Quels sont les aménagements récents apportés au régime d'exonération d'I.S.F. des titres de sociétés. Bull. July 2001, § 36, p. 117 et s.
- NURIT-PONTIER (L.)**
La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences. D. 2003, chron., p. 1612.
- NUSSENBAUM (M.)**
Prime de contrôle, décote de minorité et d'illiquidité. R.J.com; novembre 1998, n° spécial, p. 15.
- OHL (D.)**

Recherche sur un dédoublement de la personnalité en droit pénal. *In Etudes offertes à B. Mercadal*. Ed. F. Lefebvre 2002, p. 373.

OLLEON (L.)

Autonomie du droit fiscal : le moribond se porte bien. R.J.F. 2002, n° 5, p. 355

OPPETIT (B.) et SAYAG (A.)

Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés. *Rev. sociétés* 1973, p. 577

OPPLTIT (B.)

Ethique et vie des affaires. *In Mélanges offerts à André Colomer*. Litec, 1993, p. 319.

L'expérience française de codification en matière commerciale. *D.* 1990, chron., p. 1

Le droit des affaires, demain. *J.C.P. éd. E.* 1986, II, 14637.

Développement économique et développement juridique. *In Etudes à la mémoire d'Alain Sayag droit et vie des affaires*. Litec, 1997, p. 71.

OURET (A.)

L'interface du droit et de la gestion : réflexions sur quelques démarches significatives. *In Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou Droit et gestion de l'entreprise*. Vuibert gestion, 1993, p. 21

OUZIEL (J.)

Bien négocier la cession d'une société. *Gestion de fortune*, avril 1999, p. 68

PACAUD (B.) et PUJOL (F.-R.)

La clause d'acquisition au profit du survivant des acquéreurs et les acquisitions croisées. *analyse fiscale*. Defrénois 1991, art. 35045.

PACLOT (Y.)

Remarques sur le démembrement de droits sociaux. *J.C.P. éd. E.* 1997, I, 674.

Remarques sur le pouvoir de sanction administrative de la future autorité des marchés financiers. *J.C.P. éd. E.* 2003, act. n° 174.

PADE (O.)

Réflexions sur deux mesures du projet de loi « Agir pour l'initiative économique ». *J.C.P.* 2003, act. 213, p. 701.

PAILLUSSEAU (J.)

Du droit des faillites au droit des entreprises en difficultés. *In Etudes en l'honneur de Roger Houm*, Paris, 1985, p. 109.

Entreprise, société, actionnaires, salariés, Quels rapports ? *D.* 1999, chron., p. 157

Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ? *J.C.P.* 1971, I, 2401 bis.

L'alerte du commissaire aux comptes dans la S.A.S. *J.C.P.* 2000, I, p. 262.

L'E.U.R.L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle. *J.C.P.* 1986, I, 3242.

L'efficacité et la sécurité des opérations de cession de contrôle. *Dr. et patrimoine*, février 1994, p. 32.

La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée. *J.C.P.* 1992, I, 3278.

La nouvelle S.A.S. : le big bang du droit des sociétés. *D.* 1999, chron., p. 333.

Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle. *J.C.P.* 2002, I, n° 112, p. 291.

Le big bang du droit des affaires à la fin du XX^e siècle. *J.C.P.* 1988, I, n° 3330.

Le droit est aussi une science d'organisation. *R.T.D. com.* 1989, p. 1.

Le droit moderne et la personnalité morale. *R.T.D. civ.* 1993, p. 705.

Le groupe de sociétés. *R.T.D. com.* 1972, p. 813.

L'enrichissement du droit et de la théorie juridique par la pratique. *In le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*. Dalloz, 1997, p. 483.

Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit. *D.* 1997, chron., p. 87 ou *C.D.E.* 1997/2, p. 3

Les contrats d'affaires. *J.C.P.* 1997, I, n° 3275.

Les fondements du droit moderne des sociétés. *J.C.P. éd. E.* 1984, n° 14193.

La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques. *D.* 2003, chron., p. 2346.

Les dirigeants de S.A.S. et l'I.S.F. *J.C.P. éd. E.* 2000, p. 1925

- PAPAEV, ANGELOU (V.)**
Le risque opérationnel sur le devant de la scène. Banque, mai 2000, p. 47.
- PARIENTE (M.)**
Les groupes de sociétés et la loi de 1966. Rev. sociétés 1996, p. 465.
- PASCUAL (I.)**
Patrimoine et vie privée. R.R.J. 1998-3, p. 899.
- PASQUALINI (F.), PASQUALINI-SALERNO (V.)**
Les sociétés entre époux. J.C.P. éd. E. 1999, p. 1850.
- PASQUALINI (F.)**
Brèves remarques sur l'expertise de gestion. J.C.P. éd. E 1999, p. 1283.
- PAULZE d'IVOY (B.)**
Expertises et prix de cession de droits sociaux. Bull. Joly 1995, § 100, p. 313.
- PECQUEUR (O.)**
Donation de stock-options : une efficacité relative. Dr. fiscal 19 mars 2003, p. 462 et s.
- PELLERIN (J.)**
La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé. R.T.D. com. 1981, p. 508.
- PELTIER (F.)**
Les règles fondamentales du droit financier et l'internationalisation de la bourse. Rev. dr. banc. janvier-février 2000, n° 1, p. 40.
La limitation du droit d'accès aux assemblées d'actionnaires. Bull. Joly 1993, § 323, p. 1107.
Le risque hégémonique de la protection de l'épargne dans la fusions COB-C.M.F. Rev. dr. banc. mai-juin 2003, p. 184.
- PENICHON (C.)**
Sociétés civiles de placement immobilier. J.-Cl. Sociétés, fasc. 2220 et 2222.
- PERCEROU (R.)**
Droit et gestion : améliorer la performance juridique de l'entreprise. Revue française de gestion 1990, n° 81, p. 8.
- PERELMAN (C.)**
Ontologie juridique et sources du droit. *In Sources du droit. Archives de philosophie du droit.* Tome 27, 1982, p. 23.
- PERIN (P.-L.)**
S.A.S. : nouvelles remarques sur le contrôle des conventions entre la société et ses dirigeants. Bull. Joly 1999, § 266, p. 1143.
- PERRIER (D.)**
Comment améliorer sa valorisation par le marché ? Banque, avril 2000, p. 56.
- PETERKA (N.)**
Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance. Bull. Joly 2000, § 75, p. 361.
- PETIT (F.)**
Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales. D. Affaires 1998, p. 826.
- PETOT-FONTAINE (M.)**
Les difficultés d'application du nouveau statut des sociétés coopératives ouvrières de production. Rev. sociétés 1980, p. 401.
- PEYRAMAURE (P.)**

- La recherche de l'effet de levier dans la transmission des entreprises. B.R.D.A. 1989-8, p. 2
- PEYRELAVADI (J.)**
 Contrôler sans argent, emprunter sans surface. Banque, septembre 1985, n° 453, p. 773.
- PICHET (E.)**
 Le véritable coût de l'I.S.F. : connaissance et action. Groupe ESC Bordeaux, déc. 1999, p. 58.
- PIEDELIEVRE (A.)**
 Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement. Gaz. Pal. 1982, I, doct., p. 85.
 Le matériel et l'immatériel. Essai d'une approche de la notion de bien. In *Les aspects du droit privé en fin du 20^{ème} siècle. Études M. de Juglart*. 1986, p. 55.
- PINIOT (M.-C.)**
 Le corporate governance à l'épreuve de la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation. In *Mélanges A.E.D.B.F. II, sous la direction de J.-P. Mattout et H. de Vauplane, droit bancaire et financier*, 1999, p. 369.
- PIROVANO (A.)**
 La « boussole » de la société. Intérêt commun. Intérêt social. Intérêt de l'entreprise. D. 1997, chron., 189.
- PLAGNET (B.)**
 La répression de la fraude fiscale. B.F.F.L. 1995, n° 3, p. 155.
- PLANTAMP (D.)**
 Le critère de la cession de contrôle. R.T.D. com. 1999, p. 819.
- PLANTEY (A.)**
 L'authenticité dans la pensée et l'œuvre du général de Gaulle. Colloque *Approche de la philosophie politique du général de Gaulle*. Cujas, 1983.
- PLOTTON (M.)**
 L'option du facteur humain par le *knowledge management*. Banque, avril 2003, p. 67.
- POITRINAL (F.D.)**
 L'intérêt pratique des actions d'autocontrôle après le 1^{er} juillet 1991. Petites affiches 4 octobre 1991, p. 18.
- POLLAUD-DULIAN (F.)**
 De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires. R.T.D. com. 1997, p. 349.
 Propriétés intellectuelles et travail salarié. R.T.D. com. 2000, p. 273.
- PONTAVICE (E. du).**
 Le droit des sociétés en question. R.J. com. 1989, p. 243.
- PORACCHIA (D.)**
 Propos introductifs sur les montages juridiques. Dr. et patrimoine, mai 1999, n° 71, p. 61.
 Quelles structures juridiques pour la création d'entreprise innovante. Dr. et patrimoine, septembre 2001, p. 82.
 Le corporate governance à la française ou la loi du 29 octobre 2002 sur le cumul des mandats dans la société anonyme. Dr. et patrimoine, janvier 2003, p. 24.
- PORTEMER (J.-P.)**
 Du contrat à l'institution. J.C.P. 1947, I, 586.
- POULLAIN (B.)**
 L'abus de mandat dans la gestion de portefeuille. Dr. et patrimoine, septembre 1997, p. 18.

- PREA (J.-J.)**
 Comment préserver le patrimoine privé du chef d'entreprise. Rev. dr. banc. mars-avril 1998. Supplément ingénierie patrimoniale, n° 66, p. 6.
 L'E.U.R.L. et l'E.A.R.L.. J.C.P. éd. N. 1985, p. 1309.
 Les titres complexes dans les sociétés non cotées. Actes pratiques, janv. 1997, p. 16.
 Loi sur l'innovation : incubateur, mode d'emploi ? Rev. dr. banc. mars-avril 2000, n° 2, p. 120.
- PRIEUR (J.) et LOUIS (I.)**
 Stock-options et bons de souscription d'actions, rémunération différée ou gain en capital potentiel. Rev. dr. banc. mai-juin 1998. Supplément ingénierie patrimoniale, n° 67, p. 13.
- PRIEUR (J.)**
 La responsabilité du conseil en gestion de patrimoine. J.C.P. éd. N. 1995, 3515.
- PROVOST (G.)**
 Régime Besson : analyse de la rentabilité. J.C.P. éd. N. 2000, p. 184.
- RADE (C.)**
 L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile. D. 1998, chron., p. 301.
- RAFFRAY (J.-G.)**
 La rédaction de l'acte de vente de fonds de commerce. J.C.P. éd. N. 1997, prat., 3929.
- RAMPELBERG (R.M.)**
 Pérennité et évolution des *res incorporales* après le droit romain. In *Le droit et l'immatériel*. Archives de philosophie du droit, tome 43. Sirey 1999, p. 35.
- RANDOUX (D.)**
 La spécialisation des sociétés. In *Etudes dédiées à Alex Weill*. Dalloz/litec 1983, p. 471.
 Une société très spécifique : l'EUURL. J.C.P. éd. N. 1985, p. 1355.
- RAYNAUD (B.)**
 La prévention des conflits d'intérêts dans les sociétés par actions. J.C.P. éd. E. 2003, comm. 354, p. 4102
- REANO (M.), MATTEI (J.-P.) et MEYSSAN (J.-P.)**
 L'investissement pierre-papier. Bull. Joly 1997, § 170, p. 391.
- REBOUL (N.)**
 Remarque sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis*. Rev. sociétés 2000, p. 425.
- REGNAUT-MOUTIER (C.)**
 Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux. Bull. Joly 1994, § 320, p. 1155.
 Le régime fiscal de l'apport en jouissance d'un cabinet libéral à une société de capitaux. J.C.P. éd. E. 1999, p. 1573.
- REIGNE (Ph.) et DELORME (T.)**
 Le Code monétaire et financier et les valeurs mobilières. J.C.P. éd. E. 2001, p. 214.
- REINHARDT (Y.)**
 La nouvelle S.A.S. est arrivée. R.T.D. com. 1999, p. 898.
 L'abus de droit dans le contrat de société. C.D.E. 1998/6, p. 8.
 La holding familiale. Defrénois 2001, art. 37313.
 L'apport en société de droits de propriété industrielle. In *Mélanges A. Chavanne*, Litec, 1990, p. 297.
- REMEAUX (P.)**
 Alternative : SCOP en stock. *Alternatives économiques* n° 177, janvier 2000, p. 36-37.
- REMICHE (B.)**
 Droit économique, Marché et Intérêt général. in *Mélanges en l'honneur de G. Farjat, Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue ?* Ed. Frison-Roche, 1999, p. 253.

REMOND-GOUILLOUD (M.)

L'avenir du patrimoine. *Esprit* novembre 1995, p. 59.

RENARD (X.) et SOISSON (J.)

Dividende et avoir fiscal : l'arrêt « Anzalone » et l'instruction administrative du 14 décembre 2001. *Dr. fiscal* 2002, p. 1032.

RENAULT (O.)

Acquisition de droits sociaux et non déductibilité des intérêts d'emprunt – De l'inégalité des contribuables face à l'acquisition du patrimoine professionnel. *J.C.P. éd. N.* 1998, p. 627.

REUMONT (J.-L.)

La S.A.S., premières expérimentations et premières difficultés. *In questions pratiques de droit des sociétés*. Petites affiches du 20 novembre 1996, n° 140, p. 14.

REYGROBELLET (A.)

L'évolution de l'environnement juridique des titres de capital au cours des cinq dernières années. *Rev. dr. banc.* janvier-février 2003, n° 1, p. 50.

RICHARD (J.) et VIANDIER (A.)

La mission de l'expert désigné en application des art. 1843 et 1862 du Code civil. *Dr. sociétés* novembre 1981, p. 2.

RICHARD (J.)

L'application d'une clause d'agrément des héritiers de l'associé décédé d'une S.A.R.L. *J.C.P. éd. E.* 1990, II, 15785.

Participations croisées et autocontrôle *J.C.P. éd. N* 1990, 55.

ROLLAND (B.)

Dissolution des sociétés unipersonnelles et transmission universelle du patrimoine *J.C.P. éd. E.* 2000, comm., p. 406.

ROSENBAUM (J.)

I.S.F. : biens professionnels loués par une société immobilière. *R.F. compt.* 2002, n° 344, p. 9.

ROUAST-BERTIER (P.)

Société fictive et simulation. *Rev. sociétés* 1993, p. 725.

ROUTIER (R.)

De nouvelles pistes pour la gouvernance ? *Bull. Joly* 2003, § 129, p. 611.

ROUX (J.-F.) et GRIMALDI (M.)

La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit. *Defrénois* 1994, art. 35667.

RUSS (J.)

La philosophie éthique contemporaine. *In Philosophie de notre temps*. Ed. Sciences humaines, 2000, p. 177.

SAINT JOURS (Y.)

L'entreprise et la démocratie. *D.* 1993, chron., p. 12.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.)

La moralisation des procédures collectives : regard sur la jurisprudence récente. *In Mélanges en l'honneur de G. Farjat. Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue ?* Ed. Frison-Roche, 1999, p. 503.

Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil. *R.T.D. com.* 1979, p. 645.

Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire, unité ou dualisme. *D.* 1998, chron., p. 458.

Morale et faillite. *In La morale et le droit des affaires*. Montchrestien, 1996, p. 159.

SAINTOURENS (B.)

Le cumul des mandats sociaux au sein de la S.A. après la loi du 29 octobre 2002. *Rev. sociétés* 2003, p. 1.

La loi de modernisation sociale et le droit des sociétés. *Bull. Joly* 2002, § 101, p. 461.

Les prérogatives du comité d'entreprise après la loi relative aux nouvelles régulations économiques. *Bull. Joly* 2002, § 1, p. 7.

Sociétés coopératives et sociétés de droit commun. *Rev. sociétés* 1996, p. 1.

La consécration législative des sociétés d'exercice libéral sous forme d'E.U.R.L. *Defrénois* 1999, art. 37067.

SALIN (A.)

Quand l'investissement devient immatériel. *Alternatives économiques* n° 43 hors série, 2000, p. 30.

SALOMON (R.)

Le particularisme des infractions boursières. *Dr. pénal* 2003, chron., n° 1.

SAUVAGE (F.)

Communauté, succession et stock options. *Dr. et patrimoine*, novembre 1998, p. 38.

SAVATIER (J.)

La représentation des salariés dans les organes de la S.A. après la loi du 25 juillet 1994. *Dr. social* 1995, p. 33.

SAYAG (A.), JAUFFRET-SPINOSI (C.) et BOUYSSI (M.)

L'entreprise personnelle in *Expériences européennes* – Librairies Techniques, 1978 p. 315.

SAYAG (A.)

De nouvelles structures pour l'entreprise. La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985. *J.C.P.* 1985, I, 3217.

L'entreprise individuelle : faux débats et vraies questions in *Etudes offertes à René Rodière*. Dalloz, 1981, p. 290.

Une remise en cause infructueuse In *Quelle organisation juridique pour l'entreprise individuelle*. C.D.E. 1990/1, p. 22.

SCHILLER (S.)

Les clauses de non concurrence dans les cessions de droits sociaux. *Dr. sociétés*, mars 2002, p. 4.

L'influence de la nouvelle économie sur le droit des sociétés. *Rev. sociétés* 2001, p. 47.

SCHMIDT (D.)

De l'intérêt social. *J.C.P.* éd. E. 1995, I, 488.

Les définitions du contrôle d'une société. *R.J. com.* n° spécial de novembre 1998, p. 9.

SCHMIDT (J.)

L'égalité fiscale appliquée aux sociétés. *Rev. sociétés* 1989, p. 429.

SEJOURNE (B.)

Conjoncture économique et comportement des épargnants. *Dr. et patrimoine*, septembre 2002, p. 55.

SERANDOUR (Y.)

La pluralité d'entreprises du foyer fiscal. *J.C.P.* éd. N. 2001, p. 1316.

SERIAUX (A.)

Brèves notations civilistes sur le verbe avoir. *R.T.D. civ.* 1994, 801.

SERLOOTEN (P.)

L'E.U.R.L.. *D.* 1985, chron., p. 187.

SERRE (J.-M.)

Le risque patrimonial : l'identifier, l'évaluer, et le gérer. *Rev. dr. banc.* mars-avril 1998. Supplément ingénierie patrimoniale, n° 66, p. 3.

SERRA (Y.)

L'opération de cession de clientèle civile après l'arrêt du 7 novembre 2000 : dorénavant, on fera comme d'habitude. D. 2001, p. 2295.

SEVE (R.)

Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau. In *Les biens et les choses. Archives de philosophie du droit*. T. 24, Sirey, 1979, p. 248.

SIERACZEK-ABITAN (M.)

Les avantages fiscaux de la S.C.I. R.F.compt. 2001, n° 334, p. 35 et s.

SIMLER (Ph.)

Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement. J.C.P. éd. N. 1987, doctr., p. 199.

Rapport de synthèse. In *Les garanties du financement. Travaux de l'association H. Capitant. Journées Portugaises. 1996. Tome XLVII*. L.G.D.J., 1998.

SOINNE (B.)

Identité ou diversité des notions de fictivité et confusion des patrimoines. Petites Affiches 6 décembre 1995, p. 12.

SOLA CANIZARES (F. de).

L'entreprise individuelle à responsabilité limitée. R.T.D. com. 1948, p. 376.

SORTAIS (J.-P.)

A propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés. R.J. com. 1977, p. 85.

La société unipersonnelle. In *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, tome I. Librairies techniques, 1974, p. 325.

SOUBIE (R.)

L'actionnariat salarié, beaucoup plus qu'un simple instrument d'épargne. Petites Affiches 22 février 2001, n° 38, p. 35.

SOUSI-ROUBI (B.)

Le contrat d'échange. R.T.D. civ. 1978, p. 257.

SPIRETI (P.)

L'éthique des affaires In *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou : droit et gestion de l'entreprise*. Vuibert Gestion, 1993, p. 203.

STOLOWY (N.)

Délinquance des comptes et droit des entreprises en difficulté. J.C.P. 2003, I, 147, p. 1245.

STUCKI (D.)

Statuts de S.A.S. unipersonnelle. J.C.P. éd. E. 1999, p. 1568.

TANDEAU DE MARSAC (V.)

Le principe de responsabilité pénale des personnes morales a-t-il amélioré la situation des dirigeants face au risque de mise en cause de leur responsabilité pénale ? Gaz. Pal. 2000, doctr., p. 3.

La S.A.S., outil de transmission d'entreprise ? Bull. Joly 1999, § 2 p. 28.

TANDEAU DE MARSAC (V.) et LEVESQUE (M.-I.)

Stock-options et mécanismes d'intéressement assimilés : les écueils juridiques à éviter. Bull. Joly 1999, § 163, p. 729.

TANGUY (L.)

De l'évaluation des postes de travail à celle des qualités des travailleurs. Définition et usages de la notion de compétence. In *Le Travail en perspectives. Sous la direction de A. Supiot*. L.G.D.J., 1998, p. 545.

Une révolution pour les professions libérales : la consécration du fonds libéral. J.C.P. éd. N. 2001, 1235.

- TESTU (F.-X.)**
L'indivision successorale. In *Droit patrimonial de la famille sous la direction de M. Grimaldi*. Dalloz action 2001-2002, n° 1810.
Indivision. Rép. Dalloz civil.
- TESTU (F.-X.) et HILL (S.)**
Les B.S.A. : utilisation dans les sociétés de haute technologie. J.C.P. éd. E. 2003, prat. 1465.
- TERRAY (J.)**
La société : une tradition bien vivante. J.C.P. 1984, I, 3154.
- THEIMER (A.)**
La S.A.S. : une nouvelle opportunité pour simplifier la gestion juridique des sociétés. J.C.P. éd. E. 2000, p. 593.
- THOMAS (J.-B.) et ORTEGA (O.)**
La S.A.S. ou le droit saisi par la pratique. C.D.E. 1994/2, p. 4.
- TREILLE (B.)**
Les conventions de portage. Rev. sociétés 1997, p. 721.
- TRICOT (D.)**
La confusion des patrimoines et les procédures collectives. Rapport de la Cour de cassation, La Documentation française, 1997, p. 165.
- TUNC (A.)**
Le gouvernement des sociétés anonymes - le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni. R.I.D. comp. 1994, p. 59.
Le rapport Viénot sur le conseil d'administration des sociétés cotées. R.I.D. comp. 1996, p. 27.
Les conventions relatives au droit de vote et l'organisation des sociétés anonymes. Rev. sociétés 1942, p. 140.
- TURIN (M.)**
Le rôle croissant des gérants de fonds collectifs. Le Monde, 30 mars 1998.
- VAILLANT (B.)**
Les cas de figure de confusion des patrimoines au regard des procédures collectives. D. affaires 1999, p. 154.
- VALUET (J.-P.)**
Droit de vote en assemblées générales d'actionnaires : régime actuel et perspectives d'évolution. Dr. et patrimoine, novembre 1997, p. 28.
- VATINET (R.)**
Le clair-obscur des stock options à la française. Rev. sociétés 1997, p. 31.
La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux devant les juridictions civiles. Rev. sociétés 2003, p. 247.
- VAUPLANE (H. de)**
Class actions : premiers pas en Europe ? Bull. Joly, numéro spécial avril 1994, p. 35.
La responsabilité civile des intermédiaires. Rev. dr. banc. novembre-décembre 1999, n° 76, p. 228.
- VIALLA (F.)**
Les contrats du fonds libéral. Dr. et patrimoine, septembre 2002, p. 32.
- VIANDIER (A.) et MAUDUIT (L.)**
Le capitalisme au XXI^e siècle. D. affaires 1998, p. 698.
- VIANDIER (A.)**
Le droit des sociétés, demain. J.C.P. éd. E. 2000, p. 3.
Certificats d'investissement et certificats de droits de vote. J.C.P. éd. CI. 1983. I. 1411.
Le rachat d'action après la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998. R.J.D.A. 1998, p. 590.

La loi créant une distribution gratuite d'actions et le droit des sociétés. *Rev. sociétés* 1981, p. 475.

VIDAL (D.)

L'E.U.R.L. d'exercice libéral - An II. *Dr. sociétés* février 2000, p. 1.

L'information sur les rémunérations et avantages versés aux mandataires sociaux. *Dr. sociétés* juillet 2002, p. 1.

Le deuxième souffle législatif de la SAS. *Dr. sociétés* août-sept. 1999, p. 4.

Inquiétudes de marché et propositions juridiques d'un patron déchu (J.-M. Messier). *Dr. sociétés* février 2003, rep. 2, p. 3.

La protection de l'investisseur en cas d'émission de valeurs mobilières diversifiées. *Rev. dr. banc.* mars-avril 1993. *Cahier de gestion de patrimoine*, n° 36, p. 5.

VIGNAL (N.)

Quel fondement à l'obligation des sociétés d'un groupe aux dettes personnelles de l'une d'elles ? *R.R.J.* 1998-2, p. 785.

VIGNERON (B.)

Quels recours pour les épargnants victimes des aléas de la bourse ? *Dr. et patrimoine* janvier 1997, p. 48.

VION (M.)

Questions pratiques. *Defrénois* 1992, art. 35347.

WALET (P.)

Société civile de gestion de patrimoine immobilier. *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 190-20.

WARIN (P.)

La société civile comme outil de transmission et de démembrement de propriété. *Rev. dr. banc.* mars-avril 1993. *Cahier de gestion de patrimoine*, n° 36, p. 14.

WESTER-OUISSE (V.)

Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions. *D. affaires* 1999, p. 782.

Le préjudice moral des personnes morales. *J.C.P.* 2003, I, 145, p. 1189.

YOUEGO (Ch.)

L'opposabilité de la cession des parts sociales à la S.A.R.L. *Dr. sociétés* juin 2002, *chron.* 7, p. 4.

ZENATI (F.)

La loi du 11 juillet 1985 relative à l'E.U.R.L. et l'E.A.R.L.. *R.T.D. civ.* 1985, p. 772.

Protection constitutionnelle du droit de disposer. *R.T.D. civ.* 1999, p. 136.

L'immatériel et les choses. *In Le droit et l'immatériel. Archives de philosophie du droit.* T. 43. Sirey, 1999, p. 79.

IV.- COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

AUBERT (J.-L.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 1989. Defrénois 1990, p. 358.

AUGUET (Y.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000. D. 2001, p. 2400.

AUSTRY (S.)

concl. concernant Conseil d'Etat, 23 janvier 2002. Dr. fiscal 2002, comm. n° 382.

concl. concernant Conseil d'Etat, 26 octobre 2001. R.J.F. 2002, n° 1, p. 11.

AYNES (L.)

note sous Cass. com., 26 janvier 1999. D. 1999, jp, p. 577.

BACHELIER (G.)

concl. concernant Conseil d'Etat, 16 février 2000. R.J.F. 2000, p. 203.

BARBIERI (J.-F.)

note sous Cass. civ. 3^{ème}, 6 janvier 1999. Rev. sociétés 1999, p. 376.

note sous Cass. civ. 3^{ème}, 8 octobre 1997. Rev. sociétés 1998, p. 112.

note sous Cass. com. 1^{er} avril 1997. Bull. Joly 1997, § 248, p. 650.

note sous Cass. com., 9 décembre 1997. Bull. Joly 1998, § 88, p. 231.

note sous Cass. crim., 27 octobre 1997. Bull. Joly 1998, § 2, p. 11.

BASTIAN (D.)

note sous Cass. com., 10 juin 1953. J.C.P. 1954, II, 7908.

BEIGNIER (B.)

note sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2003. D. 2003, p. 2031.

BLAISE (H.)

note sous Cass. soc. 17 avril 1991. J.C.P. 1992, II, 21856.

BLANC (G.)

note sous Cass. com., 9 février 1999. J.C.P. 1999, II, 10168.

BOIZARD (M.)

obs. sous Cass. com., 22 juin 1999. D. affaires 1999, p. 1336.

obs. sous Cass. com., 25 novembre 1997. D. affaires 1998, p. 76.

BONNEAU (T.)

note sous Cass. civ. 3^e, 12 janv. 2000. Dr. sociétés mai 2000, comm. n°69, p. 12.

note sous PARIS, 6 novembre 1997. Dr. sociétés mars 1998, comm. n° 40, p. 10.

obs. sous Cass. com., 28 janvier 1992. Dr. sociétés avril 1992, comm. n° 75, p. 5.

obs. sous PARIS, 18 mars 2003. Dr. sociétés juin 2003, comm. 113, p. 30 et s.

obs. sous Cass. com., 9 février 1999. Dr. sociétés mai 1999, comm. n° 67, p. 9.

BOULOC (B.)

note sous Cass. Crim., 27 octobre 1997. Rev. sociétés 1997, p. 869.

BOUSQUET (J.-Cl.)

obs. sous Cass. com., 12 décembre 1978. D. 1980, I.R., p. 161.

note sous Cass. com., 28 novembre 1978. D. 1980, p. 316.

CABRILLAC (M.) et PETEL (Ph.)

obs. sous Cass. com., 7 janvier 2003. J.C.P. éd. E. 2003, II, 760, n° 4.

CABRILLAC (R.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1997. J.C.P. éd. N. 1998, p. 891.

CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.)

obs. sous PARIS, 2 juin 1993. J.C.P. éd. E. 1994, I, 288, n° 2.

CAUSSE (H.)

note sous Cass. com., 10 juin 1997. D. 1999, p. 89.

CHAMPAUD (C.) et DANET (D.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1998. R.T.D. com. 1999, p. 110.
obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 6 janvier 1999. R.T.D. com. 1999, p. 452.
obs. sous Cass. com. 19 mars 1996. R.T.D. com. 1996, p. 687.
obs. sous Cass. civ. 3^e, 6 juillet 1994. R.T.D. com. 1994, p. 723.
obs. sous Cass. com., 27 janvier 1998. R.T.D. com. 1998, p. 361.

CHAMPAUD (C.)

obs. sous Cass. com., 13 février 1990. R.T.D. com. 1990, p. 583.
obs. sous Cass. com., 18 mai 1999. R.T.D. Com 2000, p 123.

CHAMPENOIS (G.)

obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 1999. Defrénois 1999, art. 37017, n° 62.

CHAPPERT (A.)

note sous Cass. com. 10 décembre 1996. Defrénois 1997, art. 36648.
note sous Cass. com., 19 mai 1998. Defrénois 1999, art. 36922.
note sous Cass. com., 9 février 1999. Defrénois 1999, art. 37040.
note sous Conseil d'Etat 8 juillet 1998. Defrénois 1999, art. 36967.
obs. sous Cass. com., 2 décembre 1997. Defrénois 1998, art. 36782-1.
obs. sous T.G.I. Nice, 28 septembre 2000. Defrénois 2002, art. 37590.

CHAPUT (Y.)

note sous C.J.C.E., 13 novembre 1990. Rev. sociétés 1991, p. 532.

CHARTIER (Y.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 11 février 2003. Rev. sociétés 2003, p. 142.
note sous Cass. com., 5 février 1991. D. 1992, p. 27.

CHAZAL (J.-P.) et REINHARD (Y.)

obs. sous Cass. com., 22 octobre 2002. R.T.D. com. 2003, p. 324.

COLLET (L.)

note sous Cass. com., 16 juin 1992. D. 1993, p. 508.

CONSTANTIN (A.)

note sous Cass. crim., 12 décembre 2000. Rev. sociétés 2001, p. 323.
note sous Cass. com., 22 juin 1999. Rev. sociétés 1999, p. 824.
note sous PARIS, 22 mars 2002. Bull. Joly 2002, § 185, p. 820.

COURET (A.)

note sous Cass. com., 3 janvier 1995. Bull. Joly 1995, § 84, p. 266.
note sous Cass. com., 7 févr. 1995. Bull. Joly 1995, § 138, p. 407.
obs. sous Cass. civ. 3^e, 12 janvier 2000. Bull. Joly 2000, § 86, p. 122.
obs. sous Cass. com., 22 juin 1999. Bull. Joly 1999, § 229, p. 980.

COURTIAL (J.)

concl. concernant Conseil d'Etat, 23 novembre 2001. R.J.F. 2002, n° 2, p. 109.

CRÔNE (R)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 23 janvier 2001. Defrénois 2001, art. 37357.

CUTAJAR (C.)

obs sous Cass. com., 22 juin 1999. J.C.P. éd. E. 2000, p. 181.

DAGORNE-LABBE (Y.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 1989. J.C.P. 1990, II, 21546.

DAGOT (M.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1987. J.C.P. 1988, II, 20959.

DAIGRE (J.-J.)

note sous Cass. com., 1^{er} juin 1993. Bull. Joly 1993, § 339, p. 1044.

note sous PARIS, 30 juin 1995. J.C.P. éd. E. 1996, II, 795.

note sous Cass. com., 21 novembre 1995. J.C.P. éd. E. 1996, II, 852.

note sous DOUAI, 14 novembre 1996. J.C.P. 1997, II, 22785.

obs. sous Cass. com., 10 juin 1997. Bull. Joly 1997, § 311, p. 859.

note sous Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1997. Bull. Joly 1997, § 357, p. 992.

note sous Cass. com., 1^{er} octobre 1997. Bull. Joly 1997, § 393, p. 1089.

note sous Cass. com., 1^{er} octobre 1997 (2nde espèce). Bull. Joly 1997, § 392, p. 1087.

note sous Cass. com., 2 décembre 1997. Bull. Joly 1998, § 162, p. 472.

note sous Cass. com., 3 février 1998. Bull. Joly 1998, § 219, p. 654.

note sous Cass. com., 10 février 1998. Bull. Joly 1998, § 249, p. 767.

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1998. J.C.P. éd. E. 1998, jp, p. 1736.

obs. sous PARIS, 19 mai 1999. Bull. Joly 1999, § 207, p. 880.

note sous DIJON, 12 octobre 1999. J.C.P. 2000, II, 10303.

note sous Cass. com. 28 mars 2000. Bull. Joly 2000, § 135, p. 606.

DANIS-FANTOME (A.)

note sous Cass. com., 22 octobre 2002. J.C.P. éd. E. 2003, II, 398.

DAVID (C.)

note sous Cass. com., 16 février 1997. J.C.P. 1998, II, 10065.

note sous Cass. com., 7 mars 1984. J.C.P. éd. E. 1984, II, 14354.

DEBOISSY (Fl.)

obs. sous Cass. com., 19 mai 1998. R.T.D. com. 1998, p. 967.

note sous Conseil d'Etat, 8 juillet 1998. R.T.D. com 1998, p. 221.

obs. sous CHAMBERY, 18 juin 2002. R.T.D. com. 2003, p. 190.

DELEBECQUE (Ph.)

obs. sous VERSAILLES, 29 janvier 1998. Bull. Joly 1998, § 254, p. 786.

note sous Cass. com., 24 septembre 2002. D. 2003, p. 235.

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1992. D. 1992, p. 401.

DEREU (Y.)

note sous Cass. com. 7 avril 1998. Bull. Joly 1998, § 256, p. 792.

note sous PARIS, 17 janvier 2003. Bull. Joly 2003, § 93, p. 479.

DEROUIN (P.)

note sous Conseil d'Etat, 8 avril 1998. Bull. Joly 1998, § 89, p. 482.

DERRIDA (F.) et SORTAIS (J.-P.)

note sous Cass. com., 7 janvier 1976. D. 1976, p. 277.

DERRIDA (F.)

note sous Cass. com., 16 mars 1993. D. 1993, p. 583.

DERRUPPE (J.)

obs. sous Cass. com., 5 février 1991. D. 1992, p. 3.

DESBOIS (H.)

note sous Cass. civ., 27 février 1951. D. 1951, p. 329.

DIAS-BIDAULT (M-O.)

obs. sous Cass. com., 6 juillet 1999. J.C.P. éd. E. 2000, p. 515.

DIDIER (P.)

note sous Cass. civ. 3^e, 2 mars 1994. Rev. sociétés 1995, p. 41.

DIENER (P.)

note sous Cass. civ. 3^e, 22 juin 1976. D. 1977, p. 619.

DOM (J.-Ph.)

note sous Cass. com., 15 février 2000. Bull. Joly 2000, § 137, p. 611.

note sous Cass. com., 20 janvier 1998. Bull. Joly 1998, § 163, p. 474.

note sous C.J.C.E. 9 mars 1999. Bull. Joly 1999, § 157, p. 705.

obs. sous PARIS, 9 février 1999. Bull. Joly 1999, § 118, p. 548.

DUCOULOUX-FAVARD (C'l.)

obs. sous PARIS, 27 avril 1993. Petites Affiches 1993, n° 60, p. 20.

note sous Cass. Crim., 27 octobre 1997. Petites Affiches 7 novembre 1997, p. 6.

DURAND (P.)

note sous Cass. civ. 2^e, 28 janvier 1954. Dr. social 1954, 161.

FADDOUL (J.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2000. D. 2000, A.J., p. 148.

note sous Cass. com., 18 avril 2000. D. 2000, A.J., p. 257.

FOUQUET (O.)

concl. concernant Conseil d'Etat, 18 novembre 1985. Dr. fiscal 1986, n° 10, comm. n° 447.

concl. concernant Conseil d'Etat, 3 juin 1992. Dr. fiscal 1992, n° 46, comm. n° 2151.

GARCON (J.-P.)

note sous Cass. com., 11 juin 1996. Bull. Joly 1996, § 347 et 327, p. 954 et 901

note sous Conseil d'Etat, 8 juillet 1998. J.C.P. éd. N. 1999, p. 510.

GAUTIER (P.-Y.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 1994. R.T.D. civ. 95, p. 644.

GERMAIN (M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.)

obs. sous PARIS, 27 avril 1993. Rev. dr. banc. mai-juin 1993, n° 37, p. 134, n°3.

GIBIRILA (D.)

note sous Cass. civ. 3^e, 8 octobre 1997. D. 1998, p. 139.

GOULARD (G.)

concl. concernant Conseil d'Etat, 8 septembre 1999. Dr. fiscal 2000, n° 39, comm. n° 714.

concl. concernant Conseil d'Etat, 23 novembre 1998. Dr. fiscal 1999, n° 15-16, comm. n° 309.

GRIMALDI (M.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1992. D. 1992, somm., p. 226.

GUYON (Y.)

note sous Cass. com., 10 décembre 2002. Rev. sociétés 2003, p. 151.

obs. sous Cass. com., 3 juin 1986. Rev. sociétés 1986, p. 585.

note sous Cass. com., 9 février 1999. J.C.P. éd. E. 1999, p. 724.

HALLOUIN (J.-C.)

obs. sous DOUAI, 14 novembre 1996. D. 1997, somm., p. 228.

HAUSER (J.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1999. R.T.D. civ. 1999, p. 364.

HEMARD (J.)

note sous Cass. com., 19 avril 1972. Rev. sociétés 1973, p. 81.

HONORAT (A.)

note sous Cass. com., 17 juillet 1990. D. 1990, p. 494.

obs. sous Cass. civ. 3^e, 10 juillet 1996. D. 1997, somm., p. 80.

HONORAT (J.)

note sous Cass. com., 18 juillet 1989. Defrénois 1990, art. 34788.

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2000. Defrénois 2001, art. 37348, n° 5.

obs. sous Cass. civ. 3^e, 28 novembre 2001. Defrénois 2002, art. 37536.

obs. sous Cass. com., 15 octobre 1985. Defrénois 1985, art. 33523.

obs. sous Cass. com., 4 juillet 1995. Defrénois 1995, art. 36196-2.

obs. sous Cass. civ. 3^e, 23 février 2000. Defrénois 2000, art. 37243-6.

HOUIN (R.)

note sous Cass. com., 17 janvier 1956. D. 1956, p. 265.

HOVASSE (H.)

note sous Cass. com., 12 novembre 1998. Dr. sociétés janvier 1999, p. 21.

note sous Cass. com., 9 février 1999. Defrénois 1999, art. 36991, n° 5.

obs. sous Cass. com., 16 décembre 1997. Dr. sociétés avril 1998, n° 68, p. 17.

obs. sous Cass. com., 18 janvier 2000 et Cass. com., 1^{er} février 2000. Defrénois 2000, art. 37153.

obs. sous Cass. com., 25 juin 1996. Defrénois 1996, art. 36423, n° 3.

obs. sous Cass. com., 26 mai 1998. Defrénois 1998, art. 36889.

obs. sous PARIS, 19 mai 1999. J.C.P. éd. E. 1999, jp, p. 1634.

HUET (J.)

obs. sous Cass. civ. 2^e, 22 février 1984. R.T.D. civ. 1985, p. 399.

JADAUD (E.)

obs. sous Cass. com., 7 mars 1984. Defrénois 1984, art. 33406.

JAMIN (Ch.)

obs. sous Cass. civ. 3^e, 9 mars 1994. J.C.P. 1994, I, 3781, n° 9.

JEANTIN (M.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 1977. D. 1978, p. 89

note sous PARIS, 10 mai 1995. Bull. Joly 1995, § 256, p. 742.

note sous Cass. com., 13 février 1990. Bull. Joly 1990, § 186, p. 659.

KIMMERLIN (D.)

concl. concernant CAA PARIS, 12 février 2001. Dr. fiscal 2002, n° 6, comm. n° 98.

LABARTHE (F.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1999. J.C.P. 1999, I, 143, n° 4.

LAUDE (A.)

note sous Cass. com., 1^{er} février 1994. Bull. Joly 1994, § 116, p. 390.

LE BRAS (W.)

obs. sous Cass. com., 2 juillet 1985. Bull. Joly 1986, p. 374.

LE CANNU (P.)

note sous Cass. com., 13 février 1990. Rev. sociétés 1990, p. 251.

note sous Cass. com., 2 avril 1996. Bull. Joly 1996, § 173, p. 510.

note sous Cass. com., 25 novembre 1997. Bull. Joly 1998, § 57 p. 156.

note sous PARIS, 12 juin 1998. Bull. Joly 1998, § 379, p. 2263.

obs. sous Cass. com. 24 février 1987. Bull. Joly 1987, § 99, p. 213.

obs. sous DIJON, 23 mars 1993. Defrénois 1993, art. 35631-5.

note sous Cass. com., 28 janvier 1992. Bull. Joly 1992, § 133, p. 419.

note sous Cass. com., 9 février 1999. Rev. sociétés 1999, p. 81.
obs. sous PARIS, 10 mai 1995. Defrénois 1995, art. 36139.

LE NABASQUE (H.)

note sous Cass. com., 20 mai 2003. Bull. Joly 2003, § 167, p. 786.
obs. sous T. com. Bordeaux 15 novembre 2002. Rev. dr. banc. mai-juin 2003, comm. n° 126, p. 175.
obs. sous Cass. com., 22 octobre 2002. Bull. Joly 2003, § 9, p. 50.

LEGROS (J.-P.)

obs. sous Cass. com. 28 mai 2002. Dr. sociétés janvier 2003, comm. 7, p. 23.
obs. sous Cass. com., 28 mai 2002. Dr. sociétés décembre 2002, comm. 215, p. 18.

LEMOINE (Avocat général)

concl. concernant Cass. civ. 2^e, 28 janvier 1954. J.C.P. 1954, II, 7978.

LEPAGE (A.)

obs. sous C.E.D.H., 16 avril 2002. D. 2003, somm., p. 1541.

LEVASSEUR (G.)

note sous Cass. civ. 2^e, 28 janvier 1954. D. 1954, p. 217.

LEVEL (P.)

note sous C.J.C.E., 13 novembre 1990. J.C.P. 1991, II, 21658.

LEVENE-MARENAUD (M.)

note sous Cass. com., 4 janvier 1994. Rev. sociétés 1994, p. 278.

LEVENEUR (L.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 juillet 1995. J.C.P. éd. E. 1996, II, 784.
note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000. Contrats, concurrence et consommation 2001, comm. n° 18.

LIBCHABER (R.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000. Defrénois 2001, art. 37338.

LIEBERT-CHAMPAGNE

concl. concernant Conseil d'Etat, 17 mai 1989. Dr. fiscal 1989, n° 46-47, comm. n° 2162.

LIENHARD (A.)

note sous Cass. com., 17 février 1998 et 3 février 1998. D. Affaires 1998, p. 475.
note sous DOUAI 20 janvier 2000. D. 2000, A.J., p. 139.
obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1999. D. affaires 1999, p. 1119, n° 169.
obs. sous Cass. com., 17 février 1998. D. Affaires 1998, p. 426.
obs. sous Cass. com., 23 mai 2000. D. 2000, A.J., p. 300.
obs. sous Cass. com., 26 mai 1999. D. Affaires 1999, p. 994.
obs. sous Cass. civ. 3^e, 24 avril 2003. D. 2003, act. jp, p. 1295.

LOBRY

concl. concernant Conseil d'Etat 17 décembre 1976. Dr. fiscal 1977, n° 7, comm. n° 204.

LOISEAU (G.)

note sous Cass. com., 9 mai 1995. D. 1996, p. 322.

LUCAS (F.-X.)

comm. sous RENNES, 3 mars 1999. J.C.P. éd. E. 2000, p. 1077.
note sous Cass. com., 7 janvier 2003. Bull. Joly 2003, § 78 à 80 (3 espèces), p. 402.
obs. sous Cass. civ. 3^e, 18 décembre 2001. Dr. sociétés avril 2002, comm. 57, p. 15.
obs. sous T.G.I. Annecy, 7 juillet 1998. Bull. Joly 1999, § 233, p. 995.

MAIRE (M.)

concl. concernant Conseil d'Etat, 8 mars 2002. Dr. fiscal 2002, comm. n° 469.

MALEVILLE-COSTEDOAT (M.-H.)

note sous Cass. com., 20 mai 2003. Defrénois 2003, art. 37801.

MARTIN (D.R.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 2 juin 1993. D. 1993, p. 613.

note sous Cass. com., 19 mai 1998. D. 1998, p. 504.

MARTIN (L.)

note sous Cass. com., 24 octobre 2000. J.C.P. éd. N. 2002, 1198.

MASSIP (J.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2000. Defrénois 2000, art. 37261, n° 88.

MAUBLANC (J.-P.)

note sous Conseil d'Etat, 8 juillet 1998. A.J.D.I. 1998, p. 940.

MAZEAUD (D.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1999. Defrénois 1999, art. 37008, n° 37.

MENJUCQ (M.)

obs. sous Cass. com., 22 juin 1999. J.C.P. 2000, II, 10266.

MONSERIE-BON (M.-H.)

obs. sous Cass. com., 5 octobre 1999. R.T.D. com. 2000, p. 129.

NICOD (M.)

obs. sous Cass. com., 19 mai 1998. D. 1999, somm., p. 308.

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 8 février 2000. D. 2000, somm., p. 428.

NOUEL (C.)

note sous PARIS, 28 juin 2001. Bull. Joly 2002, § 24, p. 129.

OPPETIT (B.)

obs. sous Cass. com., 21 janvier 1970. J.C.P. 1970, II, 16541.

obs. sous Cass. crim., 2 mars 1978. Rev. sociétés 1978, p. 631 et 770.

PAGES (J.)

note sous Cass. com., 28 janvier 1992. D. 1992, p. 23.

PAILLUSSEAU (J.)

note sous Cass. com., 17 octobre 1995. D. 1996, p. 167.

PAIRE (G.)

note sous PARIS, 13 septembre 1995. J.C.P. éd. N. 1996, p. 151.

PARLEANI (G.)

note sous C.J.C.E. 9 mars 1999. Rev. sociétés 1999, p. 386.

PATARIN (J.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1999. R.T.D. civ. 1999, p. 892.

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1992. R.T.D. civ. 1993, p. 390.

PETEL (Ph.)

obs. sous Cass. com., 3 février 1998. J.C.P. éd. E. 1998, p. 652, n° 1.

note sous Cass. com., 17 février 1998. Bull. Joly 1998, § 21, p. 658.

obs. sous Cass. com., 25 juin 1996. J.C.P. éd. E. 1997, I, 623, n° 1.

PETIT (B.) et REINHARD (Y.)

obs. sous Cass. com., 1^{er} avril 1997. R.T.D. com. 1997, p. 647.

PIERRE (J.-L.)

note sous Conseil d'Etat, 8 juillet 1998. Dr. sociétés mars 1999, comm. n° 45, p. 20.
obs. sous CAEN, 12 novembre 2002. Dr. sociétés février 2003, comm. n° 41, p. 38.
obs. sous T.A. Poitiers 29 juin 1998. Dr. Fisc. 1999, p. 607.
note sous Conseil d'Etat, 23 novembre 1998. Dr. sociétés mars 1999, comm. n° 120, p. 45.
note sous Conseil d'Etat, 25 avril 2003. Dr. fiscal 2003, comm. n° 486, p. 864.

PORACCHIA (D.)

obs. Cass. com., 19 décembre 2000. Dr et patrimoine, avril 2001, p. 110.
obs. sous Cass. com., 9 mai 2001. Dr. et patrimoine, janvier 2002, p. 98.

PORTERON (C.)

note sous Cass. com., 25 novembre 1997. Rev. sociétés 1998, p. 586.

PORTIER (Ph.)

obs. sous Cass. crim., 11 décembre 2002. Rev. dr. banc. mars-avril 2003, comm. n° 91, p. 114.

POULAIN (G.)

note sous Cass. com., 19 janvier 1970. D. 1970, p. 479.

PROAL (F.)

note sous DOUAI, 14 novembre 1996. D. 1997, p. 312.

RANDOUX (D.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 mars 1998. Rev. sociétés 1999, p. 123.
note sous Cass. com., 17 juin 1974. Rev. sociétés 1977, p. 84.
obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2000. Bull. Joly 2000, § 272, p. 1091.

REINHARD (Y.)

obs. sous Cass. com., 13 février 1990. R.T.D. com. 1990, p. 590.
obs. sous Cass. com., 9 février 1999. R.T.D. com. 1999, p. 902.

REMERY (J.-P.)

rapport concernant Cass. com., 9 mai 1995. J.C.P. 1995, II, 22448.

RENET (T.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000. R.T.D. civ. 2001, p. 167.

RONDEY (C.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 15 février 2000. D. 2000, A.J., p. 157.

SAINTE-ROSE (J.)

concl. concernant Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1998. D. 1998, p. 563.

SAINTOURENS (B.)

note sous Cass. civ. 3^e, 6 juillet 1994. Rev. sociétés 1995, p. 39.
note sous Cass. com., 12 octobre 1993. Rev. sociétés 1994, p. 326.
note sous T. com. Bordeaux 15 novembre 2002. Bull. Joly 2003, § 44, p. 197.

SAVATIER (J.)

note sous Cass. soc., 23 janvier 1990. Dr. social 1990, p. 322.

SCHMIDT (D.)

obs. sous AIX-EN-PROVENCE, 7 avril 1970. Rev. sociétés 1971, p. 576.

SCHOLER (P.)

note sous Cass. com., 10 mai 2000. Bull. Joly 2000, § 259, p. 1049.

SERLOOTEN (P.)

obs. sous Cass. com., 13 octobre 1998. Bull. Joly 1999, § 10, p. 58.

SOINNE (B.)

obs. sous Cass. com., 17 février 1998. Petites Affiches 12 juin 1998, p. 22.

TERRE (F.)

note sous PARIS, 20 octobre 1980. J.C.P. 1981, II, 19602.

TISSERAND (A.)

note sous Cass. com., 28 janvier 1992. J.C.P. éd. E. 1992, II, 378.

VALLANSAN (J.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 11 février 1997. Bull. Joly 1997, § 189, p. 472.

VATINET (R.)

note sous Cass. soc., 23 janvier 1990. Rev. sociétés 1990, p. 444.

VELARDOCCHIO (D.)

note sous PARIS, 23 septembre 1999. Bull. Joly 2000, § 44, p. 227.

note sous PARIS, 6 novembre 1997. Bull. Joly 1998, § 43, p. 112.

VERNY

concl. concernant Conseil d'Etat, 25 février 1981. Dr. fiscal 1981, n° 21, comm. n° 1490.

VIALARD (J.)

obs. sous CA Basse Terre, 1^{re} ch., 6 nov. 1995. D.M.F. 1996, p. 1121.

VIALLA (F.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000. J.C.P. 2001, II, 10452.

obs. sous T.G.I. MEAUX 24 juin 1999. J.C.P. éd. E. 2000, p. 269, n° 10.

VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.)

obs. sous Cass. civ. 3^e, 19 juin 1996. J.C.P. éd. E 1996, I, 589, n° 1.

obs. sous Cass. com., 16 février 1988. J.C.P. éd. E. 1988, II, 15177, n° 21.

obs. sous PARIS, 16 avril 1999. J.C.P. éd. E. 2000, p. 30, n° 4

obs. sous Cass. com., 18 mai 1999. J.C.P. 1999, I, 162, n° 3, p.1572.

obs. sous PARIS, 7 juillet 1995. J.C.P. éd. E. 1996, I, 541, n°1.

VIANDIER (A.)

note sous PARIS, 27 avril 1993. J.C.P., éd. E. 1993, II, 457.

obs. sous Cass. com., 4 octobre 1988. Rev. sociétés 1989, p. 213.

note sous PARIS, 20 octobre 1980. Rev. sociétés 1980, p. 774.

VIDAL (D.)

note sous VERSAILLES, 21 avril 2000. Dr. sociétés 2000, comm. n° 93, p. 20.

ZENATI (F.)

note sous Cass. com., 22 juin 1993. R.T.D. civ. 1994, p. 888.

note sous Cass. com., 4 janvier 1994. R.T.D. com. 1994, p. 644.

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

A

Abus

- de droit fiscal, 680, 744, 799, 841.
- de personnalité morale, 121 et s.
- de biens sociaux, 227 et s.

Acte anormal de gestion, 680, 745, 747.

Action (de société)

- technique d'enrichissement, 536 et s.
- à droit de vote double, 337.
- sans droit de vote, 334.

Action en comblement de passif, 202 et s.

Activité, 86 et s.

Affectio societatis, 95 et s.

A.M.F., 635.

Amortissement (fiscal), 817.

Apparence, 237 et s.

Apport

- généralités
- fiscalité, 877 et s.
- évaluation, 444 et s.
- en industrie, 522 et s.

Avoir fiscal, 721, 791 et s.

Autocontrôle, 325 et s.

B

Bénéfices

- B.I.C., 700 et s.
- B.A., 706 et s.
- B.N.C., 708 et s.

Bons de Créateurs d'Entreprise, 554 et s.

C

Capital social, 449 et s.

Certificat d'investissement, 335.

Certificat de droit de vote, 335.

Cessions de droits sociaux

- Généralités (cessions gratuites ou onéreuses), 362 et s.
- droits de mutation, 870.
- cession de contrôle, 409 et s.

Clause d'agrément, 429 et s.

C.M.F., 634.

COB, 634.

Comblement de passif, 202 et s.

Confusion des patrimoines, 192 et s.

Convention de portage, 345 et s.

Convention de vote, 342 et s.

Conventions réglementées, 208 et s.

Corporate governance, 295 et s.

D

Démembrement de propriété, 347, 382.

Dirigeant de société

- investiture, 314 et s.
- rémunération (fiscalité), 633.

Domicile fiscal, 702, 889.

Donation

- fiscalité, 854.
- transmission anticipée, 374 et s.

Droits de mutation

- à titre gratuit, 846 et s.
- à titre onéreux, 868 et s.

Droit de vote, 329 et s.

E

Ecran social, 69 et s.

Entreprise, 196.

Épargnant, 624 et s.

Épargne salariale, 551 et s.

E.U.R.L., 165 et s.

Ethique, 108 et s.

Expert de gestion, 299 et s.

Extension de procédure, 200.

F

Faute

- détachable des fonctions, 224.
- de gestion, 203.

Fictivité, 84 et s.

Fonds communs de placement, 641.

Force de travail, 482 et s.

Fraude, 107 et s.

Fraude fiscale, 680.

G

Garanties et sûretés, 241 et s.

Gérance

- organisation, 315.

Groupe de sociétés

- généralités, 161, 218.
- régimes fiscaux, 727 et s.

Groupements forestiers

- fiscalité, 771, 851.

H

Habilité fiscale, 680.

Holding, 405.

I

I.R.P.P., 690 et s.
 I.S.F., 888 et s.
 Impôt sur les sociétés, 710 et s.
 Indivision, 261 et s., 376 et s.
 Inexistence, 128.
 Intéressement, 489 et s.
 Interventionnisme fiscal, 916, 927.
Intuitus patrimonii, 291, 609.
 Investisseur, 598, 616.

J

Jouissance (apport en), 604.

L

L.B.O., 371, 405.
 Lettre d'intention, 243.
 Loyauté (devoir de), 236.

M

Majorité (Loi de la), 287 et s.
 Montages, 153, 321.

N

Négociabilité, 492.
 Nullité, 129 et s.

O

Obligation aux dettes sociales, 232.
 Organisation, 6 et s.
 O.P.C.V.M.
 - généralités, 640 et s., 646 et s.
 - fiscalité, 783, 796 et s., 833.

P

Participation des salariés, 489 et s.
 Patrimoine
 - définition, 5.
 - théorie d'Aubry et Rau, 32 et s.
 - patrimoine d'affectation, 42 et s.
 Personnalité morale
 - définition, 56 et s.
 Plan d'épargne entreprise, 544.
 Plan d'épargne en actions, 640, (v. également fiscalité des capitaux mobiliers).
 Plus-value
 - technique d'enrichissement, 539.
 - immobilières (fiscalité), 836.
 - professionnelle (fiscalité), 813 et s.
 - privée (fiscalité), 829 et s.
 Pouvoir, 278 et s.
 Principe de droit privé, 113 et s.
 Professionnel, 512 et s.
 Propriété, 259 et s.

Q

Questions écrites, 299 et s.

R

Report en avant, 725.
 Responsabilité civile
 - des associés ou actionnaires, 217 et s.
 - de la société, 209 et s.
 - du dirigeant, 222 et s.
 Responsabilité pénale
 - des associés ou actionnaires, 226 et s.
 - de la société, 212 et s.

S

Sanction
 - de la fictivité, 128 et s.
 - de la fraude, 133 et s.
 Spéculation, 628 et s.
 Société
 - définition, 2 et s.
 - S.A.R.L., 151.
 - S.A., 148.
 - S.E.L., 152.
 - S.C.P., 516
 - Sociétés agricoles, 379, 516.
 (G.F.A., GAEC, S.C.E.A., etc.)
 - S.A.S., 179 et s.
 - S.C.O.P., 501 et s.
 - SAPO, 503 et s.
 - S.C.I., 157, 666.
 - Société civile de portefeuille de valeurs mobilières, 654 et s.
 - Sociétés de gestion de portefeuille, 624 et s.
 - S.C.P.I., 662.
 - SII, 661.
 - SICAV, 646.

Start-up, 618.

Stock-options, 557 et s.

Successions

- fiscalité, 847.
- anticipation, 374 et s.

T

Taxe foncière, 912 et s.
 Technique, 4.
 Territorialité
 - et fiscalité, 749, 920.
 Tontine, 372 et s.
 Transmission universelle du patrimoine, 235.

U

Utilitarisme, 11.
 Usufruit (v. démembrement de propriété)

V

Vaines poursuites, 78.
 Valeurs sociétaires
 - définition, 15 et s.
 - évaluation, 454 et s.
 Valeurs mobilières
 - fiscalité des revenus, 785 et s.
 - fiscalité de la plus-value, 830 et s.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	5
PREMIERE PARTIE	
LA SOCIETE, TECHNIQUE DE STRUCTURATION DU PATRIMOINE	26
TITRE 1	
LA SEPARATION DU PATRIMOINE	27
CHAPITRE 1	
L'ISOLEMENT DU PATRIMOINE	29
SECTION 1	
Les fondements du recours à la technique sociétaire pour isoler le patrimoine	29
Paragraphe 1 - La difficile évolution de la théorie du patrimoine en droit français	29
A - L'empreinte indélébile de la théorie d'Aubry et Rau	30
1 - La définition et les caractères du patrimoine selon la théorie d'Aubry et Rau	30
2 - La critique du principe d'unicité du patrimoine	32
B - Le rejet de la théorie du patrimoine d'affectation	35
1 - Les sources et les définitions doctrinales du patrimoine d'affectation	35
2 - L'obstacle matériel à la réception de la théorie du patrimoine d'affectation	37
Paragraphe 2 - L'utilisation de la technique de la personne morale	42
A - Une utilisation autorisée par l'analyse fonctionnelle de la personnalité morale.	43
1 - L'analyse des théories de la réalité et de la fiction de la personnalité morale	43
2 - Fonctionnalité de la personnalité morale	48
B - Une utilisation vivifiée par le mécanisme de l'écran	51
1 - Principe de l'écran	52
2 - Variabilité de l'écran	58
SECTION 2	
Les limites du recours à la technique sociétaire pour isoler le patrimoine	63
Paragraphe 1 - Les critères de reconnaissance des sociétés fictives et des sociétés frauduleuses	63
A - L'identification des sociétés fictives	65
1 - Le critère émergent mais insuffisant : l'activité	66
a) <i>Un critère réaliste</i>	67
b) <i>Un critère incomplet</i>	70

2 - Le critère traditionnel à revisiter : <i>l'affectio societatis</i>	71
a) <i>Un critère en perte de vitesse</i>	72
b) <i>Un critère à dépoussiérer</i>	73
B – L'identification des sociétés frauduleuses	78
1 - Les fondements juridiques de la sanction de la fraude	79
a) <i>L'insuffisance de l'éthique</i>	79
b) <i>Le principe de droit privé au secours de l'éthique</i>	83
2 - Les éléments constitutifs de la fraude	84
a) <i>L'atteinte à une règle obligatoire</i>	85
b) <i>L'efficacité du moyen utilisé</i>	86
c) <i>L'intention de détourner la règle</i>	88
Paragraphe 2 - Les sanctions des sociétés fictives et des sociétés frauduleuses	91
A – La nature de la sanction	91
1 - La sanction de la fictivité : inexistence ou nullité ?	92
2 - La sanction de la fraude : nullité ou inopposabilité ?	94
B – Les effets de la sanction	97
Conclusion du chapitre	99
CHAPITRE 2	
LA PROTECTION DU PATRIMOINE	101
SECTION 1	
La mise en œuvre de la fonction protectrice de la société	102
Paragraphe 1 - La limitation du risque patrimonial, un objectif au service des autres	102
A -- Les sociétés à risque limité	103
1 - La S.A.	103
2 - La S.A.R.L.	105
B – Les montages en droit des sociétés	107
1 - La juxtaposition de sociétés	109
2 - L'imbrication de sociétés	110
Paragraphe 2 - La limitation du risque patrimonial, l'objectif permettant la réalisation des autres	115
A – L'E.U.R.L., la consécration du patrimoine d'affectation	115
1 - Le débat autour de l'E.U.R.L.	117
2 - Le constat de fonctionnement de l'E.U.R.L.	122
B – La S.A.S., technique déréglementée d'affectation du patrimoine	126

SECTION 2	
Les limites du fonctionnement protecteur de la société	131
Paragraphe 1 - La sanction, cause d'échec de la protection des patrimoines	133
A - La sanction patrimoniale des associés d'une société en procédure collective	134
1 - La confusion des patrimoines	135
a) <i>Les critères de la confusion des patrimoines</i>	136
b) <i>Les conséquences de la confusion des patrimoines</i>	137
2 - La faute des dirigeants	140
a) <i>L'extension de procédure</i>	141
b) <i>La contribution au paiement du passif</i>	142
B - La sanction patrimoniale des associés d'une société in bonis	143
1 - La sanction des associés atténuée par la responsabilité de la société	145
a) <i>La responsabilité civile de la société</i>	145
b) <i>La responsabilité pénale des sociétés</i>	146
2 - La sanction des associés aggravée par leur propre responsabilité	148
a) <i>La responsabilité civile des associés</i>	149
b) <i>La responsabilité pénale des associés</i>	152
Paragraphe 2 - La réparation, cause d'effacement de la protection des patrimoines	155
A - La réparation revendiquée par le créancier	156
1 - Les revendications fondées sur l'obligation au passif social	156
2 - Les revendications fondées sur l'apparence	161
B - La réparation négociée par le créancier	163
Conclusion du chapitre	166
CONCLUSION DU TITRE 1	167
TITRE 2	
L'ADMINISTRATION DU PATRIMOINE	169
CHAPITRE 1	
LA DETENTION DU PATRIMOINE	171
SECTION 1	
Un mode nouveau de détention du patrimoine	172
Paragraphe 1 - Le partage de l'utilité économique du patrimoine	172
A - D'une propriété individuelle à une détention collective	172
B - La substitution d'un pouvoir à un droit réel sur le patrimoine	176
1 - L'hypothèse de droits sur le patrimoine d'autrui	176
2 - L'hypothèse d'un pouvoir sur le patrimoine d'autrui	182
Paragraphe 2 - Le partage du pouvoir sur le patrimoine social	184

A – Le cadre d'exercice limité du pouvoir des associés sur le patrimoine social	185
1 - La concurrence du pouvoir des dirigeants	186
2 - L'exigence d'une majorité ou la loi de la majorité	188
B – Le difficile rétablissement du pouvoir des associés sur le patrimoine social	190
1 - Les moteurs du rétablissement	190
<i>a) Les réalités pratiques</i>	190
<i>b) Les dispositions législatives</i>	194
2 - La juste mesure du rétablissement	201
SECTION 2	
Un mode aménageable de détention du patrimoine	205
Paragraphe 1 - L'aménagement macro-juridique de la détention sociétaire du patrimoine	206
A – Les structures sociétaires aménageant le pouvoir	206
1 - Les sociétés aménageant le pouvoir par le biais de l'attribution des voix	207
2 - Les sociétés aménageant le pouvoir par une attribution spécifique des fonctions de direction	208
<i>a) L'investiture de dirigeants</i>	208
<i>b) L'investiture de certains associés</i>	212
B – Les montages sociétaires aménageant le pouvoir	215
1 - La holding	216
2 - L'autocontrôle	218
Paragraphe 2 - L'aménagement micro-juridique de la détention sociétaire du patrimoine	220
A – L'aménagement sociétaire des droits politiques des valeurs sociétaires	221
1 - La neutralisation des droits de vote	221
2 - La modification des droits de vote	222
<i>a) L'altération des droits de vote</i>	223
<i>b) L'augmentation des droits de vote</i>	224
B – L'aménagement civil des droits politiques des valeurs sociétaires	226
1 - La délocalisation du droit de vote par des droits personnels	226
<i>a) Les conventions de vote</i>	227
<i>b) Les conventions de partage</i>	228
2 - La délocalisation du droit de vote par les droits réels	229
CHAPITRE 2	
La transmission du patrimoine	236
SECTION 1	
L'opportunité de la transmission sociétaire du patrimoine	238
Paragraphe 1 – La société, technique de transmission à titre gratuit du patrimoine	238
A – La transmission maîtrisée	240

1 - La maîtrise de la destination du patrimoine	240
2 - La préparation d'un avantage politique et/ou pécuniaire	242
B - La transmission anticipée	245
1 - La société, outil de transmission progressive du patrimoine	245
2 - La société, outil de transmission contrôlée du patrimoine	247
Paragraphe 2 - La société, technique de transmission à titre onéreux du patrimoine	252
A - Les hypothèses de transmission partielle des valeurs sociétaires	252
1 - La cession d'une participation financière	253
<i>a) La cession définitive de la participation financière</i>	253
<i>b) La cession provisoire de la participation financière</i>	255
2 - La cession d'une participation active	257
<i>a) Les avantages de la technique sociétaire pour les parties</i>	257
<i>b) L'organisation de la cession d'une participation active</i>	260
B - L'hypothèse de la transmission totale des valeurs sociétaires	266
1 - Intérêts de la technique sociétaire	266
2 - Illustrations de transmission totale d'une société	268
SECTION 2	
Les difficultés de la transmission sociétaire du patrimoine	271
Paragraphe 1 - L'obstacle juridique : la valeur sociale	271
A - Transmission et risque de fraude	272
B - Transmission et règles de conduite	275
1 - Les règles de protection interne limitant la transmission	275
2 - Les règles de protection externe aménageant la transmission	279
Paragraphe 2 - L'obstacle comptable : les valeurs sociales	282
A - Au stade de la constitution de la société	282
1 - L'évaluation des apports	283
2 - La détermination du capital social	285
B - Au stade de la transmission des valeurs sociétaires	287
1 - Les éléments internes de l'évaluation	289
2 - Les éléments externes de l'évaluation	291
Conclusion de chapitre	294
CONCLUSION DU TITRE	295
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	297

SECONDE PARTIE

LA SOCIÉTÉ, TECHNIQUE DE VALORISATION DU PATRIMOINE 298

TITRE 1

L'ACCROISSEMENT DU PATRIMOINE 300

CHAPITRE 1

LA CONSTITUTION DU PATRIMOINE *EX NIHILO* 301

Paragraphe préliminaire – La société, technique de patrimonialisation de la force de travail 302

A – Les apports de la force de travail au patrimoine 302

B – Les apports de la technique sociétale à la force de travail 305

SECTION 1

La constitution de patrimoine par des titres non négociables 310

Paragraphe 1 – Le relatif échec des sociétés ouvrières 310

A – La naissance des sociétés ouvrières 310

1 - Les fondements idéologiques 310

2 - Les traductions pratiques 313

a) *Les modèles sociétaux d'avant guerre* 313

b) *Les initiatives privées* 317

B – Les carences des sociétés ouvrières 318

Paragraphe 2 – Le frémissement des sociétés dites professionnelles 320

A – Le rôle de la structure sociétale dans la patrimonialisation de la force de travail 322

B – Le rôle des valeurs sociétales dans la patrimonialisation de la force de travail 325

1 – Le cas des parts représentatives d'un apport en industrie 325

2 – Le bilan de l'enrichissement *ex nihilo* par les sociétés professionnelles 330

SECTION 2

La constitution de patrimoine par des titres négociables 334

Paragraphe 1 – Le mécanisme de la constitution du patrimoine 334

A – Les techniques de l'enrichissement 334

1 – Le vecteur de l'enrichissement 334

a) *L'action* 335

b) *La mutation de l'action* 337

2 – Les modalités de l'enrichissement 339

a) *L'attribution immédiate d'actions* 341

α - *L'attribution directe d'actions* 341

β - *L'attribution indirecte : les plans d'épargne* 344

b) *L'attribution différée d'action* 345

α - *Les bons de souscription d'actions* 346

<i>β- Les plans d'option ou stock-options</i>	348
B – La qualification de l'enrichissement	351
1 – La qualification des valeurs sociétaires attribuées	351
2 – La qualification de la plus-value dégagée	354
Paragraphe 2 - Le régime du nouveau patrimoine	357
A – Le sort de la valeur sociétaire : aspects juridiques	357
1 - La cessibilité hypothétique des stock-options.	358
2 - L'inaliénabilité des actions et bons de souscriptions	361
B – Le sort de la plus-value : aspect fiscal et social	362
Conclusion du chapitre	367
CHAPITRE 2	
LA FRUCTIFICATION DU PATRIMOINE	370
SECTION 1	
La fructification du patrimoine dans une société entrepreneuriale	373
Paragraphe 1 - Le patrimoine investi	374
A – Le patrimoine productif	375
1 - La spécificité du patrimoine productif	375
a) <i>La nature des biens apportés</i>	375
b) <i>La nature de l'apport</i>	377
2 - La fructification incertaine du patrimoine productif	378
B – Le patrimoine financier	380
1 - Les formes sociales favorables à la fructification d'un patrimoine financier	381
2 - L'organisation de la protection de l'investisseur	383
Paragraphe 2 - Le patrimoine épargné	388
A – La place de la fructification : la bourse de valeurs	389
1 - Les marchés financiers : lieu de négociation	389
2 – Les marchés financiers : lieu de protection	391
B – La place de l'épargnant : le déclin de l'actionnariat direct	397
SECTION 2	
La fructification du patrimoine dans une société patrimoniale	400
Paragraphe 1 - Les sociétés patrimoniales mobilières	400
A – Les sociétés de gestion de portefeuille	401
1 - Le contrat social au service de la gestion du patrimoine mobilier	401
2 - La société au service d'un contrat de gestion de patrimoine	404
B – Les sociétés de portefeuille	407
Paragraphe 2 - Les sociétés patrimoniales immobilières	409

A – Les sociétés patrimoniales immobilières faisant appel public à l'épargne	410
B – Les sociétés patrimoniales immobilières ne faisant pas appel public à l'épargne	414
Conclusion du chapitre	417
CONCLUSION DU TITRE 1	420
TITRE 2	
L'OPTIMISATION FISCALE DU PATRIMOINE	423
CHAPITRE 1	
La paix fiscale pour les revenus du patrimoine	429
SECTION 1	
L'optimisation fiscale des produits d'activité	430
Paragraphe 1 - L'indifférence de la forme sociétaire en cas d'appréhension des revenus par l'I.R.P.P.	432
A – Les conditions d'appréhension des revenus des sociétés par l'I.R.P.P.	432
1 - Le champ d'application de l'I.R.P.P. aux sociétés	433
2 - Les modalités d'application de l'I.R.P.P. aux sociétés	436
B – Le traitement fiscal des produits d'activité soumis à l'I.R.P.P.	437
Paragraphe 2 – L'intérêt de la forme sociétaire en vue de l'assujettissement des revenus à l'I.S.	443
A – Les intérêts de l'impôt sur les sociétés	444
1 – La souplesse du régime de l'I.S.	444
a) <i>Le champ d'application de l'I.S.</i>	444
b) <i>La détermination de l'impôt</i>	446
2 – Le traitement fiscal de la rémunération des dirigeants	455
B – Les limites de l'optimisation fiscale par l'impôt sur les sociétés	456
1- Le contrôle de la déductibilité	457
2 - La surveillance des montages sociétaires axés sur la territorialité	460
SECTION 2	
L'optimisation fiscale des produits du patrimoine	466
Paragraphe 1 – La société, structuration fiscale du patrimoine productif	467
A – La quasi-neutralité fiscale des sociétés transparentes	468
1 – En matière immobilière	468
2 – En matière mobilière	472
B – L'intérêt croissant des sociétés soumises à I.S.	473
Paragraphe 2 – La société, cible fiscale du patrimoine productif	476
A – L'imposition des revenus des droits directs d'associés	477

1 – Les revenus ouvrant droit à abattement	478
2 – Les revenus ouvrant droit à l'avoir fiscal	478
B – L'imposition des revenus des droits indirects d'associés	481
CHAPITRE 2	
L'économie fiscale pour les valeurs du patrimoine	487
SECTION 1	
L'optimisation fiscale des fluctuations du patrimoine	488
Paragraphe 1 – Technique sociétaire et imposition des plus-values	489
A – L'imposition des plus-values professionnelles	490
1 – La mutation des immobilisations	491
a) <i>L'imposition des plus-values à court terme</i>	491
b) <i>L'imposition des plus-values à long terme</i>	493
2 – La mutation des valeurs sociétaires	494
B – L'imposition des plus-values privées	497
1 – La mutation des valeurs mobilières	497
2 – La mutation des immeubles	500
Paragraphe 2 – Technique sociétaire et droits de mutation	504
A – L'économie fiscale résultant de la constitution d'une société	505
1 – La minoration des droits de mutation à titre gratuit	505
a) <i>L'optimisation fiscale d'une succession</i>	506
b) <i>L'optimisation fiscale d'une donation</i>	510
2 – La minoration des droits de mutation à titre onéreux	517
B – Le coût fiscal résultant de la constitution d'une société	522
SECTION 2	526
L'optimisation fiscale de la consistance du patrimoine	
Paragraphe 1 – Technique sociétaire et I.S.F.	527
A – Société et champ d'application de l'I.S.F.	528
B – Société et détermination de l'I.S.F.	529
1 – La fixation de l'assiette de l'I.S.F.	529
a) <i>Les biens imposables</i>	529
b) <i>Les exonérations</i>	530
2 – La liquidation de l'I.S.F.	535
Paragraphe 2 – Technique sociétaire et autres taxes sur la propriété	536
A – L'impuissance de la technique sociétaire face à la taxe foncière	537
B – L'impuissance de la technique sociétaire face aux taxes d'interventionnisme fiscal	538
1 – La taxe annuelle sur les logements vacants	538
2 – La taxe des articles 990-D à 990-H du C.G.I.	539

CONCLUSION DU TITRE 2	542
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	626
CONCLUSION	548